

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

ROGÉRIO HECKLER DOS PASSOS

**A DINÂMICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER: UM
DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR**

**Porto Alegre
2011**

ROGÉRIO HECKLER DOS PASSOS

**A DINÂMICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER: UM
DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR**

Trabalho de conclusão apresentado ao
Curso de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Me. Domingos Sávio
Dresch da Silveira

**Porto Alegre
2011**

RESUMO

Este trabalho buscou fazer a descrição e a análise da complexidade e da dinâmica das obrigações de fazer e não fazer. Para tanto, valeu-se – além da bibliografia jurídica – de elementos teóricos da linguística e da literatura a fim de demonstrar a possibilidade de ampliação do horizonte dos fenômenos jurídicos por meio de um enfoque multidisciplinar. Foram utilizados, principalmente, os aportes teóricos de Savigny, Clóvis do Couto e Silva, Pontes de Miranda, Paulo Luiz Netto Lôbo e Judith Martins-Costa (desta também foram utilizadas anotações de suas aulas na disciplina de Direito das Obrigações). Quanto à linguística, as principais fontes de análise foram a obra de Ferdinand de Saussure e elementos da semiologia pós-saussuriana. Da literatura, a principal contribuição foi a obra de Maiakóvski e suas técnicas e regras de construção poética. Foram analisados, além de outros, os conceitos de obrigação e dever (jurídico e não jurídico), seguidos de uma análise mais específica do *facere* e *non facere*, sempre de forma a mesclar contribuições do direito, da linguística e da literatura. Desta análise ficou evidenciada a necessidade de o operador do direito sempre atentar-se para o caso concreto ao lidar com os fatos jurídicos, haja vista que muitas vezes os conceitos teóricos se chocam com a realidade, havendo, assim, a necessidade de uma leitura aberta e relacional do direito obrigacional com outros ramos do direito e do saber humano a fim de que sua atuação esteja voltada para a realidade prática e não encastelada em preceitos meramente dogmáticos.

Palavras chave: Direito das obrigações. Obrigação de fazer. Obrigação de não fazer. Dever jurídico. Linguística. Semiótica. Semiologia. Literatura. Interdisciplinaridade.

RESUMEN

Este trabajo ha buscado hacer la descripción y el análisis de la complejidad y de la dinámica de las obligaciones de hacer y no hacer. Para esto, se ha utilizado, además de la bibliografía jurídica, elementos teóricos de la lingüística y de la literatura con el intento de demostrar la posibilidad de ampliar el horizonte de los fenómenos jurídicos mediante un enfoque multidisciplinario. Fueron utilizadas, principalmente, las contribuciones teóricas de Savigny, Clóvis do Couto e Silva, Pontes de Miranda, Paulo Luiz Netto Lôbo y Judith Martins-Costa (de esta también fueron utilizados los apuntes de sus clases en la asignatura de Derecho de las Obligaciones). En lo que toca a la lingüística, las principales fuentes fueron la obra de Ferdinand de Saussure y elementos de la semiología postsaussuriana. De la literatura, el principal aporte fue la obra de Mayakovski y sus técnicas y reglas de construcción poética. Fueron analizados, además de otros, los conceptos de obligación y deber (jurídico y no jurídico), para enseguida hacerse un análisis más específico del *facere* y *non facere*, siempre mezclando las contribuciones del derecho, de la lingüística y de la literatura. De este análisis, quedó evidente la necesidad del operador del derecho siempre mirar para el caso concreto al tratar de los hechos jurídicos, en vista de que muchas veces los conceptos teóricos se chocan con la realidad creando, así, la necesidad de una lectura abierta y relacional del derecho de las obligaciones con otras ramas del derecho y del saber humano para que su actuación se vuelva hacia la realidad práctica y no se quede encastillada en preceptos solamente dogmáticos.

Palabras clave: Derecho de las obligaciones. Obligación de hacer. Obligación de no hacer. Lingüística. Semiótica. Semiología. Literatura. Interdisciplinariedad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 DEVER E OBRIGAÇÃO NO MUNDO NÃO-JURÍDICO E JURÍDICO	7
2 FAZER E NÃO FAZER EM SENTIDO JURÍDICO AMPLO	13
3 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL	15
4 OBRIGAÇÕES DE FAZER	32
5 OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER	46
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	55
ANEXO – AR 3534/RS – STJ	nn

INTRODUÇÃO

Esta monografia se propõe a contextualizar as obrigações de fazer e não fazer (*facere* e *non facere*, na consagrada denominação latina) partindo do geral e indo para o particular. Primeiramente tratar-se-á dos deveres positivos e negativos no mundo extrajurídico. Logo adiante, eles serão situados dentro da ciência do direito em um sentido amplo para, só então, adentrar-se nas peculiaridades das relações obrigacionais, relacionando-as com alguns aportes da linguística e da literatura. Para abalizar a descrição e a análise, no que tange aos seus aspectos estritamente jurídicos, serão utilizadas as valiosas contribuições de Pontes de Miranda e Clóvis do Couto e Silva, autores ainda do século passado (que escreveram, portanto, sob a vigência do Código Civil de 1916), e de Judith Martins-Costa e Paulo Luiz Netto Lôbo, que publicaram seus livros sobre direito das obrigações há poucos anos (já sob a égide do Código de 2002). Paralelamente aos quatro autores citados, far-se-á também presente a obra daquele que é por muitos considerado o grande jurista do século XIX: Karl von Savigny, referência do direito ocidental e uma das principais fontes dos três primeiros autores.

Não menos importantes para a organização do presente trabalho foram as aulas de direito das obrigações ministradas pela Prof^a. Judith Martins-Costa durante o primeiro semestre de 2008, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Elas precisaram vários conceitos da relação obrigacional e deram o norte para possíveis abordagens do tema abertas às contribuições de outros ramos do saber.

O que segue não tem a pretensão de tratar de todos os aspectos referentes ao *facere* e *non facere*. Pretende apenas relacionar alguns pontos que, na ótica de seu autor, demonstram a sua dinâmica e complexidade, além de destacar o fato de que, muitas vezes, os conceitos doutrinários se chocam com o caso concreto. Colisão esta que não se caracteriza como um aspecto negativo, mas sim indica a constante evolução do direito. A presente monografia busca, ainda, mesmo que de forma incipiente, iniciar um diálogo com outras áreas do conhecimento – notadamente a linguística e a literatura – valendo-se de suas categorias para uma análise do fenômeno das obrigações. Nesse sentido, serão utilizados alguns conceitos do linguista belga Ferdinand de Saussure, além de noções de alguns dos seus desdobramentos que serviram de base para a linguística moderna (dentre

estes, principalmente conceitos relacionados à semiologia ou semiótica). Ademais, serão feitas algumas comparações entre a evolução da linguagem e do direito, destacando os seus pontos em comum (sempre que úteis para compreensão da lógica obrigacional). Também serão relacionados ao tema textos de alguns escritores (Fernando Pessoa, Ortega y Gasset e, principalmente, Vladimir Maiakóvski), tentando demonstrar a viabilidade do diálogo entre o direito e a literatura, haja vista que ambos, ressalvadas suas evidentes diferenças, têm como uma de suas principais características – senão a principal – lidar com os conflitos humanos.

Ao tratar das citações ligadas à linguística e à literatura, além de outros assuntos não diretamente conectados ao direito das obrigações, procurar-se-á listar, nas notas de rodapé, tanto as indicações bibliográficas quanto breves comentários e/ou citações a fim de melhor contextualizar o assunto para que eventual leitor interessado em tais temas possa aprofundá-los. Neste sentido, também serão colocadas nas notas algumas definições básicas de termos ou conceitos ligados ao direito (seja para esclarecer noções gerais ou então aspectos relacionados, mais especificamente, ao direito obrigacional). Isso justifica o talvez elevado número de notas. De todo modo, a intenção é não prejudicar, dentro do possível, a leitura corrente, evitando a inserção de demasiadas interpolações no corpo do texto, deixando-as para o rodapé.

Cabe salientar, todavia, que essa monografia é apenas um primeiro passo. Uma tentativa inicial de uma abordagem relacional do direito com outras áreas do saber e da cultura humanos. Por esse motivo, não se reveste este texto, absolutamente, da pretensão de elaborar um tratado acabado das obrigações de fazer e não fazer e tampouco da influência da linguagem e da literatura no direito. Busca-se aqui, dentro espírito da interdisciplinaridade, em que um ramo do conhecimento pode iluminar o outro, tentar compreender o direito das obrigações de uma forma que amplie seus horizontes, situando-o dentro de suas especificidades, contextualidades e interatividades. Procura-se, enfim, tentar apreender um pouco de sua complexidade. Ou, pelo menos, dela dar indícios.

1 DEVER E OBRIGAÇÃO NO MUNDO NÃO-JURÍDICO E JURÍDICO

Pode-se dizer, sem muito exagero, que com a civilização surgiram as regras. O *homo sapiens* apenas se constituiu em sociedade no momento em que normas mínimas de convivência foram pactuadas entre aqueles que ocupavam um espaço comum.¹ Desde então o homem tem a consciência do dever: aquilo que pode e o que não pode fazer no convívio entre semelhantes. A sanção, para aqueles que violavam as regras, era a expulsão do grupo. Esse sistema de permissões e proibições modelou toda uma mitologia, seja ela religiosa ou não. As sociedades arcaicas e tradicionais são pródigas em justificar seus interditos e permissões através de narrações míticas.² No gênesis bíblico essa tradição está presente: Deus, entidade ou ser superior, diz ao homem por Ele colocado no Jardim do Éden que, dos frutos que nele se encontram, poderá de todos comer livremente, com exceção dos frutos da árvore do conhecimento do bem e do mal. Se comesse do fruto proibido, certamente seria expulso do paraíso terrenal.³ Veja-se que, segundo a tradição bíblica,⁴ a trajetória do ser humano fundou-se – se olharmos a história bíblica por um viés jurídico – em um contrato: Deus, o Grande Proprietário, cede em usufruto, de forma gratuita e por tempo indeterminado, o Jardim do Éden a Adão para que nele viva com a sua mulher. Só que, para a manutenção da vigência desse contrato, foi imposta uma regra (ou uma cláusula) negativa: não comer o fruto da árvore do conhecimento. Claramente uma obrigação de abstenção, de omitir-se, de, enfim, *não fazer*. Se tal ação fosse realizada, o agente teria de sofrer a consequência de tal – digamos assim – *inadimplemento*. No caso de Adão e Eva, a expulsão (ou o *despejo*) do Paraíso.

Permissões e proibições, consideradas em sentido amplo, dizem respeito a qualquer norma ou dever moral, religioso, comunitário etc., que é posto em

¹ Dentro da concepção iluminista do pacto social, Hobbes o considerava um “pacto de sujeição”, em que todos concordavam em abdicar de parte de sua liberdade em prol da sociedade (v. HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1979.), enquanto que Rousseau o denominava um “contrato social”, defendendo a ideia de que a sociedade se formava como um contrato, um pacto de liberdade para a convivência recíproca (v. ROUSSEAU, Jean-Jacques: **O contrato Social**. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006).

² Mírcea Eliade (in ELIADE, Mírcea. **Mito e realidade**. Trad. Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 8 e 13) afirma que “[...] a principal função do mito consiste em revelar os modelos exemplares de todos os ritos e atividades humanas significativas [...]” fornecendo “[...] modelos para a conduta humana, conferindo, por isso mesmo, significação e valor à existência.”

³ Transcrição do gênesis bíblico em <http://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/2>. Acesso em 30/03/2011, 12:42h.

⁴ E também a do Alcorão, no qual igualmente encontra-se a história de Adão e Eva.

sociedade para ordenar o convívio entre as pessoas, definindo o que deve e o que não deve ser feito. As sociedades, assim como as religiões, se fundam em preceitos, sejam eles positivos ou negativos, que o cidadão (ou o crente) deve seguir. Positivo pode ser considerado, *grosso modo*, tudo aquilo que a pessoa deve ou pode fazer; negativo, tudo que não deve ou não pode. Um exemplo bastante conhecido de tais preceitos – tanto positivos quanto negativos – pode ser encontrado no livro bíblico do Êxodo, quando o texto enumera os 10 mandamentos de Deus escritos em tábuas de pedra e entregues ao profeta Moisés. Na passagem citada encontram-se três mandamentos positivos (1º - *Adorar a Deus e amá-lo sobre todas as coisas*; 3º - *Guardar os domingos e festas*; 4º - *Honrar pai e mãe.*) e sete negativos (2º - *Não invocar o Seu santo nome em vão*; 5º - *Não matar*; 6º - *Não pecar contra a castidade*; 7º - *Não furtar*; 8º - *Não levantar falsos testemunhos*; 9º - *Não desejar a mulher do próximo*; 10º - *Não cobiçar as coisas alheias.*)⁵

Há que se notar que existe uma diferença entre os dois exemplos citados. Os 10 mandamentos bíblicos se referem a preceitos gerais que toda e qualquer pessoa temente a Deus deve seguir. Eles não se destinam a nenhuma pessoa em particular (não são determinados), mas sim ao gênero humano como um todo. Obedecerão aos mandamentos aqueles que se identificarem com a dogmática cristã. Um ateu não se sentirá no dever de cumprir tal ordenamento.⁶ O mesmo ocorrerá com alguém que professe uma religião totalmente distinta das religiões cristãs.

Já em relação à ordem, dada por Deus, de não comer o fruto proibido, não pode ser feita a mesma afirmação. Tal mandamento tinha endereço certo: Adão e Eva. Os habitantes do Jardim do Éden não tinham apenas o **dever** de não comer os frutos da árvore do conhecimento, eles tinham a **obrigação**, pois o descumprimento da prescrição divina fatalmente iria alijá-los de sua paradisíaca morada.

O cotejo entre esses exemplos mostra a diferença entre dois conceitos que serão importantes para o direito obrigacional e deveras úteis para a análise que adiante se fará de suas modalidades: dever e obrigação. **Dever** é uma noção ampla. Ele diz respeito a comportamentos que devem ser observados.⁷ É uma exigência social, moral ou jurídica que constrange os indivíduos. O descumprimento de um

⁵ Transcrição dos 10 mandamentos retirada de http://pt.wikipedia.org/wiki/Dez_Mandamentos#Vers.C3.A3o_cat.C3.B3lica. Acesso em 30/03/2011, 22:26 h.

⁶ Pode até cumprir muitos deles, mas por uma questão de consciência ética pessoal, e não levado por um dever religioso.

⁷ É um conceito tributário da filosofia kantiana (para uma descrição da moral e do dever kantiano, v. KANT,

dever pode levar a uma consequência desagradável: a sanção. A consequência é que definirá se o valor é jurídico ou não: pode ser desde um remorso por haver blasfemado num lugar santo (consequência interna não jurídica) até a condenação à prisão devido ao tráfico de drogas ou assassinato (consequência jurídica externa).⁸

O dever, quando visto de uma perspectiva estritamente jurídica, diz respeito à observância de determinada conduta imposta pela ordem jurídica para a tutela do interesse de outrem, cuja sanção, no caso de descumprimento, está prevista em leis coercitivas que são executadas por meio de um sistema de correção. Vejamos alguns exemplos de deveres jurídicos que não entram nos direitos obrigacionais: o dever de zelar, tanto da administração pública quanto dos administrados, pelo patrimônio público; a obrigatoriedade do alistamento militar para o jovem no ano em que completa 18 anos. Caso haja descumprimento, estão positivadas no ordenamento jurídico as sanções impostas tanto ao administrador que dilapida o erário quanto ao jovem que não se apresenta às forças armadas no período em que deveria fazê-lo.

A **obrigação**, considerada no seu sentido amplo, é um dever que se liga a uma sujeição.⁹ Ela é uma modalidade do dever, seja ou não jurídico. Por esse fato de a obrigação estar contida na noção ampla de dever, é comum considerar-se uma sinônima do outro, principalmente em situações não jurídicas. Vejamos um exemplo: a torcida do Flamengo, em várias partidas do seu time durante o campeonato brasileiro de futebol de 2008, estendia uma faixa nas arquibancadas do estádio que dizia: “o brasileiro é obrigação”. Na sua forma sintética, própria das frases de faixas e cartazes, o texto colocava que, para a torcida, vencer o campeonato era uma “obrigação” que cabia ao time rubro-negro. Nada diferente disso seria aceito. O uso do termo “obrigação”, ao invés de “dever”, deu uma força ao texto da faixa. Força que, seguramente, não haveria se fosse colocado o termo mais amplo. Mas, na verdade, não havia nenhum contrato obrigando os atletas a vencerem o certame. O

Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003).

⁸ Há, ainda, consequências externas que não são necessariamente jurídicas, mas que podem vir a ser judicializadas, tais como internação em hospício, normas de exclusão social (muitas vezes veladas) voltadas para pessoas diferentes – seja no comportamento ou na aparência física – do padrão que se considera “correto” ou “normal”.

⁹ Eros Grau, ao distinguir *sujeição* e *dever*, aponta que “este é um vínculo imposto à vontade, ao passo que aquela significa impossibilidade de querer com eficácia”. Mas o autor lhes dá, porém, uma essência comum: “tanto um quanto o outro são impostos em razão da tutela de interesses alheios aos dos sujeitos por eles alcançados” (GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 115). Neste livro, Grau faz a distinção entre *obrigação*, *dever* e *ônus*.

que havia era uma imposição moral da torcida em relação à equipe no sentido de que esta tinha o dever – ou, como escrito na faixa, a “obrigação” – de alcançar o 1º lugar na competição.¹⁰ A sanção, no caso da não conquista, também teria um valor essencialmente moral (vaias, repúdio a jogadores e dirigentes etc.). Apenas um contrato formal poderia dar o caráter jurídico (no sentido do direito obrigacional) à dita “obrigação” de vencer o campeonato. Contrato que, naturalmente, nunca existiu.¹¹

Mesmo havendo a diferenciação entre os termos, é lógico que ao pensar na obrigação em seu sentido jurídico inevitavelmente se faça presente a noção de dever.¹² O dever posto na obrigação será em relação a outra pessoa, ou a um grupo determinado de pessoas. A *obligatio*, no sentido estrito do direito das obrigações, distinta de sua noção jurídica ampla¹³, pressupõe a relação entre pelo menos duas pessoas determinadas e, ainda, que essa relação se caracterize pela sujeição e/ou cooperação de uma das partes perante a outra: se A pede R\$ 500,00 emprestado a B e promete pagar em uma semana, no sétimo dia A terá a **obrigação** (positiva) de pagar a dívida que contraiu com B devolvendo o dinheiro que tomou emprestado. Assim como Adão e Eva, enquanto estavam no Éden, tinham a **obrigação** (negativa) de não comer o fruto proibido. A diferença é que estes adquiriram a obrigação desde o início, haja vista que a imposição era de não fazer algo.

O exemplo do empréstimo ajuda a esclarecer outra distinção importante: dívida não se confunde com obrigação¹⁴. A contraiu uma dívida com B ao pedir-lhe o dinheiro emprestado, prometendo devolvê-lo em uma semana. Nos seis dias posteriores ao empréstimo, A tem uma dívida para com B. Ou seja, A tem o dever de pagar o empréstimo que contraiu (como qualquer devedor tem o dever de pagar os

¹⁰ A equipe do Flamengo não venceu o campeonato de 2008, ficando na quinta colocação.

¹¹ Seria um completo *non sense* firmar um contrato com este teor, obrigando os atletas a um fazer em que não há nenhuma garantia de cumprimento, uma vez que há outras equipes que buscam o mesmo objetivo. Não dependia só dos jogadores flamenguistas a conquista do título, pois só uma das 20 equipes do torneio atingiria o topo da tabela de pontos. O máximo que poderia ser exigido dos atletas é esforço e diligência na busca da conquista do campeonato. O que também poderia ser feito, neste caso com o intuito de incentivar e motivar os atletas e não de obrigá-los, é o estabelecimento de um prêmio para o caso de a equipe levantar a taça.

¹² Uma obrigação não deixa de ser um dever em sentido amplo.

¹³ “O termo *obrigação* [...] é em sentido amplo usado para designar o elemento passivo de qualquer relação jurídica. Cumpre neste passo, pois, discernir o seu significado em sentido estrito, quando a palavra *obrigação* passa a constituir o termo próprio de uma classe de relações jurídicas – a obrigacional – que se coloca em paralelo à dos direitos reais, à dos direitos de família e à dos direitos de sucessão.” (GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 116)

¹⁴ “Aludindo-se a obrigações, no sentido estrito, [...] corta-se ao conceito de obrigações o que é obrigação fora do direito das obrigações e diz-se obrigações o que às vezes só é dívida.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 12.

seus débitos). *B* tem um crédito a receber de *A*, mas *B* não pode obrigar *A* a pagar a dívida antecipadamente (ou seja, durante os seis primeiros dias posteriores ao empréstimo). Antes de vencer o empréstimo, portanto, *A* tem uma **dívida**. Mas a partir do sétimo dia *A* estará obrigado a pagar e *B* pode, legitimamente, passar a exigir o seu dinheiro (tecnicamente se diria que *B* passa a ter a pretensão de receber o seu crédito), pois *A* já contraiu a **obrigação**. Conclui-se daí que o credor é o titular da pretensão, e o devedor é o da obrigação.¹⁵ Caso *A* não pague a dívida no dia acertado, cumprindo com a sua obrigação, entrará em mora (consequência jurídica de quem não cumpre a obrigação, atrasando o adimplemento ou a ele se furtando) e poderá responder inclusive por perdas e danos.¹⁶ Já Adão e Eva não contraíram uma dívida com Deus, eles já estavam diretamente sujeitos à obrigação de não comer o fruto proibido desde o momento em que começaram a viver no Jardim do Éden.

Pode-se afirmar, portanto, com o apoio das observações até aqui expostas, que permissões e proibições são inerentes ao convívio humano. Elas podem apresentar-se de várias formas. Foi visto, à guisa de exemplo, como elas surgem na religião. Mas da mesma forma poderíamos analisar como elas atuam na língua, nas convenções de condomínio dos edifícios, num determinado jogo de cartas e, inclusive, na melhor forma de arranjar um namorado ou uma namorada.¹⁷

Conclui-se daí que cada sistema de regras terá as suas sanções específicas e que o seu alcance poderá variar enormemente. Dentre tantos sistemas de regras que prescrevem ações permitidas e proibidas, interessam aqui aqueles que tenham relação com o mundo jurídico (isto é, aqueles que tratam de ações que se configuram como um fato jurídico) e, ainda mais especificamente, que digam respeito, de uma forma ou outra, às relações obrigacionais (nomeadamente as de fazer e não fazer). Disso tratarão os próximos capítulos desse texto. Mas, antes de abordar as relações obrigacionais propriamente ditas, parece útil a presença de um

¹⁵ “Do lado do credor, há a pretensão; do lado do devedor, a obrigação. Logo se percebem as ambiguidades que advêm de se chamar obrigação à dívida e de se deixar de distinguir do crédito exigível o não-exigível.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 12.

¹⁶ Para mais detalhes em relação à distinção entre dívida e obrigação e aos seus efeitos jurídicos v. LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23 e 24 e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 12 a 18.

¹⁷ Toda semana vemos nas bancas de revista receitas sobre o que fazer e não fazer na conquista amorosa.

breve capítulo – como um *intermezzo* – em que se defina o fazer e o não fazer num sentido jurídico lato.

2 FAZER E NÃO FAZER EM SENTIDO JURÍDICO AMPLO

O direito não existe na natureza. Ele é uma criação humana, não surge por si. É um produto cultural, portanto. Analisar as instituições do direito não é o mesmo que estudar as leis da natureza, ainda que suas técnicas possam assemelhar-se em vários aspectos. Para integrar-se ao mundo real há a necessidade dele – o direito – criar vínculos com a realidade. É a *conditio sine qua non* para a sua integração com a vida cotidiana das pessoas. O direito deve refletir a sociedade e dar respostas às suas necessidades. Por isso ele constrói o seu sistema específico valendo-se daquilo que encontra nas relações sociais. A sociedade humana e o seu entorno (seja físico ou cultural) são, falando de uma forma bastante genérica, a fonte primordial do direito. Este criou-se a partir da necessidade de resolver os conflitos gerados pela relação entre indivíduos.¹⁸

Exatamente por essa necessidade de refletir a sociedade e nela atuar, o direito busca o seu arcabouço normativo nas regras criadas através do convívio continuado entre as pessoas. Ou seja, naquilo que geralmente se denomina *usos e costumes*.¹⁹ Dessa forma, todas as regras criadas através dos tempos pela sociedade (sejam elas religiosas, morais ou culturais) serão o substrato sobre o qual irá se erguer o edifício normativo do direito. Nesse sentido, não há como negar uma influência ancestral – apenas para citar um exemplo – do 5º mandamento das tábuas de Moisés na prescrição do artigo 121 do Código Penal Brasileiro. Mas há que se salientar que, mesmo sendo inegável essa influência externa, o direito tem sua autonomia e trabalha com características e lógicas que lhe são próprias e não se confundem – apesar de às vezes até serem coincidentes – com regras de tipo moral ou religioso.

Nesse sentido, o fazer e o não fazer do mundo jurídico não podem ser sinônimos das permissões e proibições do mundo extrajurídico. Assim como também

¹⁸ Eros Grau (in: GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 11-54) analisa de forma acurada a visualização do direito como “instrumento de organização social”. No primeiro capítulo do livro, o autor insiste que o direito é um produto cultural (“uma invenção do homem”), afastando-o da ideia de uma concepção naturalista ou mesmo divina para auferir-lhe a legitimidade.

¹⁹ Para uma análise detalhada das fontes do direito – que não é o escopo deste texto – v. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, capítulo IV, REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, capítulos XII e XIII e REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito; teoria da justiça; fontes e modelos do direito**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003.

há de se ter presente a distinção entre fazer e não fazer em sentido jurídico amplo e o seu significado no direito das obrigações.

O fazer e o não fazer em sentido jurídico amplo (ou lato) podem estar ligados ao dever num sentido também amplo que não necessariamente contempla o direito das obrigações.²⁰ Há vários deveres desse tipo que, apesar de não costumarem estar definidos explicitamente na letra da legislação, estão fortemente presentes nas suas sanções. O direito penal é pródigo nesses deveres, notadamente nos de ordem negativa: não matar, não roubar etc.²¹

O *facere* e o *non facere* que não se referem às obrigações, portanto, estão normalmente relacionados à noção de ato ilícito. Isso faz com que sua noção, como já foi dito, esteja bastante ligada ao conceito mais amplo de dever. Atos lícitos não são, em geral, alvo de ação restritiva da lei. A legislação não prevê a possibilidade de que um ato como, por exemplo, construir um muro em volta de um terreno ao qual se é proprietário possa ser ilícito ou passível de penalização. Afinal, não há lei que proíba ao proprietário construir um muro em seu terreno ou que preveja uma sanção caso ele o faça. Já numa relação obrigacional, construir um muro – ou deixar de construí-lo – pode caracterizar um ato que gerará consequências desagradáveis para quem o executa (ou deixa de executar). Mas esse é assunto para os próximos capítulos.

²⁰ Inclusive já vimos dois exemplos no capítulo anterior.

²¹ O código não descreve os tipos, apenas arrola as sanções (ou seja, não diz que é proibido matar, apenas descreve a pena para quem tirar a vida de outrem).

3 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Fernando Pessoa defendia a tese de que “Toda a vida é essencialmente relação, e a vida social, portanto, é essencialmente relação entre indivíduos [...]”.²² Pessoa colocava a relação como sinônimo de vida em sociedade (ou como um pressuposto para o convívio social). A sociedade, por sua vez, é regulada pelo direito. O conceito de relação jurídica, então, é essencial para entender essa dinâmica.

A relação jurídica é toda relação da vida social relevante para o direito. É a relação disciplinada pelo direito. As relações obrigacionais são uma espécie de relação jurídica. A sua característica definidora, segundo Savigny, é que elas são sempre uma relação entre sujeitos,²³ não havendo, portanto, a relação sujeito/coisa, característica dos direitos reais,²⁴ basicamente fundamentados na propriedade.²⁵ É evidente que, apesar de a relação obrigacional não pertencer aos direitos reais, os sujeitos das obrigações fatalmente terão o domínio e/ou posse das coisas, as quais são elementos comuns com os direitos reais.²⁶ Mas não é o domínio da coisa (*res*) o definidor da obrigação.²⁷ A obrigação é, valendo-se mais uma vez do conceito de Fernando Pessoa (porém já pensando em termos de direito obrigacional), “essencialmente relação entre indivíduos”.

Para o direito obrigacional, fruto do direito civil, o fato de a permissão ou a proibição de fazer algo ser um dever no sentido amplo não tem tanta importância

²² PESSOA, Fernando. **O rosto e as máscaras**, 2ª ed. Lisboa: Ática, 1978, p. 121. Vale a pena reproduzir aqui a citação inteira, pois o autor situa de forma excepcional a importância da relação para a sociedade: “Toda a vida é essencialmente relação, e a vida social, portanto, é essencialmente relação entre indivíduos, quando simples vida social; e entre povos, quando vida civilizacional. Ora, como os fenômenos da vida superior são de duas ordens – materiais e mentais –, devem ser materiais e mentais os fenômenos da vida superior civilizacional; e, como a vida é essencialmente relação, esses fenômenos devem ser de relação.” (mantida a grafia original do autor)

²³ “Sujeito”, na relação obrigacional, “é qualquer ente que se qualifica como pessoa (física ou jurídica) dotada com a capacidade de ser titular da posição de credor e devedor” (MARTINS-COSTA, Judith. Anotações de aula de disciplina sobre o Direito das Obrigações, durante o primeiro semestre de 2008).

²⁴ Pode-se dizer que nos direitos reais o objeto é a coisa (*res*). Já nos direitos obrigacionais, o objeto é a ação (fazer, não fazer, omitir-se).

²⁵ “*Veramente nella proprietà non si riscontrano due persone, l’una di fronte all’altra, come nelle obbligazioni.*” SAVIGNY, Karl Friedrich von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, p. 15. “Deveras na propriedade não se confrontam duas pessoas, uma diante da outra, como ocorre nas obrigações.” (tradução nossa).

²⁶ “[...] *la proprietà e l’obbligazione hanno, come elemento comune, la signoria di una persona sopra un lembo di mondo esteriore [...]*” SAVIGNY, Karl Friedrich von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, p. 15. “[...] a propriedade e a obrigação têm, como elemento comum, o domínio de uma pessoa sobre uma porção do mundo exterior [...]” (tradução nossa)

²⁷ Esta afirmação será relativizada pela obrigação *propter rem* (que será vista adiante). Nela, a partir da titularidade do bem, o sujeito se obriga a uma prestação negativa ou positiva.

(como poderia ter no direito penal, por exemplo), pois um ato lícito pode ser proibido numa relação obrigacional (o que é normal). E isso ocorre exatamente pelo fato de a relação obrigacional ser uma ação entre sujeitos privados, portadores de autonomia.²⁸ Autonomia esta que não é ilimitada: uma eventual ilicitude na finalidade de um negócio jurídico o torna nulo (contrato para matar uma pessoa, por exemplo); assim como um contrato que descumpra sua função social pode ser invalidado.²⁹

O essencial, no direito das obrigações, é que a regra (positiva ou negativa) esteja ligada a uma relação obrigacional. A obrigação, aqui referida, entende-se no sentido exposto no primeiro capítulo: relação ou vínculo que sujeite um devedor (polo passivo) a um credor (polo ativo) ou então que implique cooperação³⁰ (como no contrato de compra e venda, em que uma parte deve entregar a *res* objeto do contrato e a outra deve pagar o preço estipulado). A relação obrigacional coloca em contato direto alguém que é titular de um direito subjetivo (crédito) com alguém que tem um dever jurídico (débito).³¹ O que se obriga é algo que o sujeito, em condições normais, poderia e teria capacidade de fazer (como construir um muro, por exemplo) e que, por força da relação obrigacional, se sujeita a fazer ou não fazer. No caso da construção do muro, o que obriga é a promessa do pedreiro de construí-lo, uma vez que foi contratado para tanto (ou, no caso do não fazer, a obrigação do proprietário

²⁸ Sobre a autonomia privada v. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57-63.

²⁹ O Código Civil de 2002 positivou, no seu art. 421, a função social para além da propriedade (geralmente ela era invocada apenas em questões ligadas à terra), situando-a explicitamente no contrato, o que preencheu uma lacuna e colocou os pactos privados indubitavelmente sob a égide constitucional. Para uma análise mais acurada do tema, que não é objetivo deste trabalho, v. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v.42, SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: exame da função social do contrato. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 10 e, ainda, MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 103-104.

³⁰ A relação obrigacional não se realiza apenas com o direito a pretender uma prestação, é necessário para que ela atinja a sua finalidade (o adimplemento) de uma forma satisfatória a ambas partes que entre estas haja uma conduta de cooperação. “A colaboração *possibilita* o adimplemento porque para que este seja eficazmente atingido, é necessário que as partes atuem ambas, em vista do *interesse* cuja realização o concretizará. As partes de uma relação obrigacional não são entidades isoladas, atomisticamente consideradas. Pelo contrário, entraram em contato e estão entre si relacionadas tendo em vista um ‘programa de cumprimento’ a que estão adstritas por força da autovinculação. Para implementá-lo há a necessidade de colaboração intersubjetiva que constitui, portanto, [...] ‘princípio geral da disciplina obrigacional’.” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 55, grifos da autora). A cooperação é um dos deveres conexos à relação obrigacional. Para uma análise da relação obrigacional como relação de cooperação v. obra citada (p. 50-56).

³¹ “*Così al ius del creditore si contrappone l’obligatio del debitore [...]*” SAVIGNY, Karl Friedrich von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, p. 12. “Assim, ao *ius* (direito) do credor se contrapõe a *obligatio* (obrigação) do devedor [...]” (tradução nossa)

de não construir o muro para que não se impeça a passagem por uma servidão). Como já foi colocado, não há lei que obrigue a construir ou não construir muros. A obrigação nasceu do acordo de vontades que ligou dois sujeitos (o pedreiro e o dono do terreno) ou então da característica do terreno (no caso, o fato de ele ser um ponto de passagem obrigatório). Em ambos os casos há uma restrição da liberdade individual³²: o pedreiro voluntariamente se obrigou a abdicar de parte do seu tempo livre para construir o muro; o proprietário do terreno, na segunda situação, teve de abster-se da faculdade de murá-lo para permitir a passagem das pessoas.

As relações obrigacionais, como parte integrante do direito civil, são marcadas pela intersubjetividade (“[...] a vida social, portanto, é essencialmente relação entre os indivíduos [...]”): as partes, ao pactuar um contrato, podem definir nas suas cláusulas quais as obrigações que nele constarão (sempre tendo em conta se o objeto do pacto não é ilícito, impossível ou abusivo). Em relação à subjetividade das partes, atuam dois princípios: o princípio da vontade (uma das fontes da relação obrigacional) e o da autonomia privada (autodeterminação nas relações, direito de formatar o seu mundo e a si próprio).

A relação obrigacional, como pode ser depreendido do acima exposto, será formatada, basicamente, por duas partes, definidas, *grosso modo*, como *parte credora* e *parte devedora*.³³ Cabe aqui esclarecer, antes de seguir adiante, que “parte” e “pessoa” não são sinônimos. “Parte” pode ser considerada como um centro de imputação de direitos e deveres. As partes, necessariamente, são formadas por pessoas (físicas e/ou jurídicas). Ora, uma parte pode ser formatada por várias pessoas: quatro empresas – quatro pessoas jurídicas – podem compor uma parte, por exemplo. As pessoas que formam as partes em geral são, em respeito à segurança jurídica, determinadas (já se sabe de antemão quem são).³⁴

Uma vez concertadas as partes, a relação obrigacional geralmente se formaliza através da palavra empenhada, seja na forma escrita ou oral. A palavra é

³² “A fondamento della parola obligatio, che stiamo qui spiegando, sta l’immagine di un vincolo o legame per porre in evidenza lo stato di una volontà non libera ma astretta.” SAVIGNY, Karl Friedrich von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, p. 13. “No fundamento da palavra *obligatio*, que ora estamos definindo, está a imagem de um vínculo ou ligação com o intuito de colocar em evidência uma condição de vontade que não é livre, mas sim restrita.” (tradução nossa)

³³ Isso sem esquecer que tais posições não são fixas: a dinâmica da relação obrigacional mostra que uma parte credora também pode ser devedora em algum momento do seu desenvolvimento e vice versa.

³⁴ Mas há casos em que a pessoa (que forma a parte) é determinável – e não determinada –, como no caso dos títulos ao portador. O sujeito da relação, portanto, pode ser determinado ou determinável. Na promessa de recompensa, por exemplo, se sabe quem é o devedor (ele é determinado), mas não se sabe quem será o credor (ele é determinável, portanto).

que irá selar o compromisso, que irá dar o nó que une as partes da relação. Ela é tão importante que é salutar nos determos um pouco sobre ela.

Como ponto de partida, cabe lembrar que o direito não prescinde da palavra. Pode-se dizer que ele é aplicação de eficácia pelas palavras. A palavra mostra o lugar do instituto. O que, naturalmente, influi na sua eficácia. Certamente a palavra (aqui considerada como o termo linguístico utilizado para definir a relação obrigacional) não é a coisa física referida, tampouco é a obrigação (abstrata) contraída. Mas ela faz as suas vezes. Todo signo linguístico – já nos ensinava o mestre Ferdinand de Saussure no início do século passado³⁵ – é composto de um significante (a imagem acústica que dele temos) e de um significado (o conceito que ele carrega).³⁶ Os signos linguísticos são, em sua essência, originariamente arbitrários e, portanto, imotivados. Não necessitam, assim, ter uma correspondência direta com o que representam.³⁷ Graças à representação arbitrária dos signos linguísticos, não necessitamos levar debaixo do braço todos os objetos aos quais nos referimos.³⁸ A palavra, portanto, pelo seu alto grau de representação das coisas, sentimentos e sensações do mundo, tem esse poder de selar o compromisso. Veja-

³⁵ A primeira edição do seu *Cours de linguistique générale*, livro essencial para o desenvolvimento da linguística e da semiologia, foi publicada em 1916, por iniciativa dos alunos do chamado “Mestre de Genebra”.

³⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. 4ª ed. Introduction, notes et commentaires de Tullio de Mauro. Paris: Payot, 1995, p. 97-100 (§ 1. *Signe. Signifié, signifiant*). Charles Sanders Peirce, conhecido como “o fundador da semiótica” também chamava o signo de “representante” uma vez que o considerava como “[...] toda coisa que substitui outra, representando-a para alguém, sob certos aspectos e em certa medida.” In: PIGNATARI, Décio. **Informação. Linguagem. Comunicação**. 3ª ed. São Paulo, Perspectiva, 1969, p. 26-27.

³⁷ “As palavras [...] são como rótulos que colocamos nas coisas, para que possamos falar sobre elas”, assim, “qualquer rótulo é conveniente” (GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 57). O vegetal que é representado pela palavra ‘flor’ não tem nenhuma relação com a sequência de sons que lhe serve de significante (quando falamos ou escrevemos ‘flor’ não sentimos seu cheiro nem vemos as suas cores), ela poderia ser escrita ou pronunciada de qualquer outra forma. A convenção e o arbítrio é que definiram que tal sequência de sons ou de letras representa a espécie de planta à qual nos referimos. Tanto é assim que em outras línguas o significante para o mesmo significado é distinto. Alguns são mais, outros são menos semelhantes entre si, dependendo da origem da língua. Veja-se a denominação de ‘flor’ em algumas outras línguas que não o português: *flos, floris* (ambas em latim), *fiore* (italiano), *fleur* (francês), *flower* (inglês), *flori* (romeno), *flor* (espanhol, galego e catalão; nessas línguas, apesar da representação escrita ser igual ao português, a sonora é distinta), *pangara* (aymara), *rayen* (mapuche), *xochitl* (nahuatl), *kukka* (finlandês), *kwiat* (polonês), *květina* (checo), *cvijet* (croata), *blomma* (sueco), *blomst* (dinamarquês). A arbitrariedade também pode, porém, ser relativa. Segundo Saussure, isto ocorre nos termos que derivam de uma palavra originariamente arbitrária de modo absoluto. Assim, no caso de ‘flor’ (arbitrária absoluta, totalmente imotivada) deriva-se, por exemplo, ‘floreira’ (em que diminui o grau de arbitrariedade, uma vez que é relativa ao termo ‘flor’ que a origina, havendo, portanto, um certo grau de motivação). Para mais detalhes, v. SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. 4ª ed. Introduction, notes et commentaires de Tullio de Mauro. Paris: Payot, 1995, p. 100-103 (§ 2. *Premier principe: l'arbitraire du signe*) e 180-184 (§ 3. *L'arbitraire absolu et l'arbitraire relatif*).

³⁸ Na verdade, o signo não representa apenas objetos materiais, podendo representar emoções e sentimentos ou mesmo outros signos. Nesse sentido, v. LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 11ª ed. São Paulo: Cultrix. 1989, p. 18-19.

se que no direito romano as obrigações eram seladas por uma solenidade formal que se realizava no momento em que o devedor se comprometia verbalmente com a obrigação.³⁹ Tal solenidade perdeu-se com a evolução do direito romano. Ela foi substituída, na Idade Média, pela palavra de honra, independente do rito formal. É o valor da promessa, o que não deixa de ser uma infiltração dos dogmas católicos na técnica romana: quem diz que vai cumprir e não cumpre está mentindo. A mentira é um pecado (um dos chamados “pecados da língua”). A palavra, portanto, tem uma força sagrada que obriga aqueles que a proferem. De certo modo, isso ainda perdura: ao declarar a vontade, ao expressá-la formalmente, do modo que for – desde que compatível com o ordenamento jurídico –, os sujeitos contraem a obrigação. Independentemente da forma que seja utilizada (verbal, escrita, por meio de dados eletrônicos etc.), a palavra continua até hoje tendo essa função formativa na relação obrigacional.

Vimos até agora que a relação obrigacional tem como característica a relação sujeito(s)/sujeito(s) e que ela é formalizada pela palavra. “Sujeito” é definido, genericamente, como aquele que tem personalidade. A personalidade supõe uma singularidade. Quem é singular é diferente dos outros. As relações obrigacionais, portanto, são relações entre sujeitos distintos que têm um vínculo que os une.⁴⁰ Mas o vínculo não elimina a diferença, o aspecto subjetivo que singulariza as pessoas unidas pela relação, seja ela psicológica, física ou cultural.⁴¹ Essa diferença naturalmente irá influenciar na relação, que é formalizada, repita-se, pela palavra. Essa “palavra” formadora da relação pode ser entendida de forma distinta pelos sujeitos que a compõem. Interpretações conflitantes de cláusulas contratuais têm

³⁹ Um bom exemplo de como se dava essa promessa solene encontramos nas *Institutas* de Gayo: “*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, uelut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES? FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM.*”

“O contrato verbal se faz mediante uma pergunta e uma resposta. Por exemplo: TE COMPROMETES A DAR? - ME COMPROMETO. DARÁS? - DAREI. PROMETES? - PROMETO. EMPENHAS FIELMENTE A TUA PALAVRA? - A EMPENHO FIELMENTE. TE FAZES FIADOR? - ME FAÇO FIADOR. FARÁS? - FAREI.” (tradução nossa). Fonte: DOMINGO, Rafael (Org.) **Textos de derecho romano**. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2002, p.162.

⁴⁰ “Obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em seu favor.” COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 44.

⁴¹ É interessante destacar, neste momento, que a relação jurídica não se confunde com vínculo jurídico (em que pese o fato de que para que haja uma relação ser necessária a presença de um vínculo). O conceito de relação dá a ideia de interação, e não apenas de vínculo. Relação pressupõe um canal de duas vias: duas (ou mais) pessoas que interagem. A vinculação, por sua vez, não necessariamente pressupõe a interação entre seus polos.

abarroto o Poder Judiciário. Tal fato impõe que tenhamos um cuidado especial em relação à forma como dispomos as palavras na redação dos contratos.⁴²

Todo manual de semântica, disciplina que estuda os significados, afirma que as palavras não são unívocas, todas têm um espectro de significado que será acionado (ou não) segundo o contexto em que elas se apresentem ou à sua forma ou até ao estilo do seu enunciador.⁴³ A consequência disso é que uma mesma palavra pode ter um significado bastante distinto dependendo de quem a interpreta⁴⁴, haja vista que as percepções de uma mesma realidade podem variar.⁴⁵ Isso faz com que o manejo adequado da linguagem seja essencial na formatação de um contrato, de um parecer jurídico, de uma petição, de uma denúncia, de uma sentença ou de uma lei. Todos sabem o estrago que uma palavra equívoca pode trazer.⁴⁶ Essa característica das palavras, consideradas como signos que têm um potencial de interpretação bastante amplo, não pode ser ignorada pelo analista da língua, e tampouco por aqueles que lidam com o direito. Elas – as palavras – atuam, *grosso modo*, dentro do que Saussure chamou de *relações sintagmáticas e associativas*,⁴⁷ presentes em todas as línguas. O eixo sintagmático, aquele em que ocorrem as relações sintagmáticas (ligadas à sintaxe ou ao ordenamento das palavras nos períodos e frases), é o eixo horizontal onde as palavras (ou signos linguísticos) se organizam numa sequência (escrita ou falada) linear (uma após

⁴² E não apenas nos contratos: em qualquer texto jurídico há de se ter esse cuidado.

⁴³ É comum falar-se que “as palavras são grávidas de sentido”, o que certamente é verdadeiro. Basta que o escritor ou o falante saiba fecundá-las.

⁴⁴ Como os sujeitos são singulares, distintos entre si, é normal que tenham visões também distintas das coisas, podendo interpretar, portanto, os signos linguísticos de maneiras diversas, por vezes até opostas.

⁴⁵ Nesse sentido, Décio Pignatari dá o exemplo do menino que vê um edifício em que está escrito “Escola de Arte” e imagina que tal escola “deve ser uma bagunça”, uma vez que a referência de “arte” que tem são as suas molecagens que são repreendidas pela mãe: “esse menino vive fazendo arte” (PIGNATARI, Décio. **Informação. Linguagem. Comunicação.** 3ª ed. São Paulo, Perspectiva, 1969, p. 33). Uma mesma expressão linguística pode ter significados que variam segundo a circunstância em que se encontram seus interlocutores: “Tal é a magia dos falares humanos, que por humano acordo significam frequentemente, com sons iguais, coisas diferentes” (ECO, Umberto. **O nome da rosa.** Trad. Aurora Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 332). Seria até ocioso falar de como as interpretações podem variar na hermenêutica jurídica e na grande diversidade de entendimento que os operadores do direito têm dos casos concretos, pois nos deparamos frequentemente com tais situações no dia a dia forense.

⁴⁶ Por isso o texto jurídico deve evitar ao máximo, em que pese a natureza polissêmica das palavras, ambiguidades na sua formatação.

⁴⁷ *Rapports syntagmatiques e rapports associatifs*, no original francês. O termo *rapport* não tem uma tradução exata no português (dentro do seu campo semântico, ele pode reportar-se, além daquilo que entendemos como relação, à noção de empatia, sintonia, conexão, ligação, acoplamento, relatório, além de outras), mas, no contexto da obra, a ideia de relação é a que melhor representa a classificação saussuriana, sendo, inclusive, esta a tradução adotada nas edições espanhola (*relaciones*) e brasileira. A denominação ‘relação associativa’ foi substituída, posteriormente, pelo termo ‘relação paradigmática’, que será utilizado a partir daqui. Isto por ser mais técnico e não trazer a ambiguidade que expressão “associativa” pode gerar.

outra). As relações que aí se dão são as do contexto das palavras presentes no período (relações internas ao texto, portanto). O eixo paradigmático (ou associativo) é o eixo vertical onde ocorrem as relações de comutação, as relações virtuais (“virtual” no sentido de existir como uma virtualidade, ser potencialmente suscetível de se realizar).⁴⁸ O eixo paradigmático amplia bastante o espectro das relações que podem ocorrer na língua.⁴⁹ Não é difícil imaginar o potencial de variação de sentidos que tal eixo traz, haja vista o grau de possibilidades de ampliação, redução, distorção, associação e substituição que ele tem. Também não é difícil prever o efeito que tais variações podem trazer a um contrato, por exemplo.

Há uma relação recíproca entre o eixo sintagmático e o paradigmático. É uma relação sempre atuante. A presença de um termo e a ausência de outro são ambos significativos para a interpretação de qualquer enunciado.⁵⁰ E nas obrigações não é diferente. Há sempre um jogo entre a seleção e a combinação. Não é à toa que escolhemos um termo e não outro, se falarmos em termos de paradigma. Não é qualquer termo que colocamos em um contrato. Como também não é aleatória a combinação destes termos no eixo sintagmático. O fato de escolher um termo entre tantos outros possíveis, de combiná-lo com outros termos de uma forma e não de outra igualmente possível, além do momento em que o enunciado surge, são elementos que podem dizer – ou deixar de dizer – muito. Podem inclusive alterar a interpretação e a eficácia de um contrato. A combinação das obrigações também não é aleatória, pois ela rege-se, da mesma forma, por esse jogo de ausência e presença. A ausência ou a presença de uma cláusula obrigacional e o momento em que ela deve ser cumprida podem ser vitais numa relação contratual. Para ilustrar podemos pensar na hipótese de uma família ceder à construtora com a qual está contratando a sua única moradia como parte do pagamento de um apartamento adquirido ainda na planta, pactuando que em dois anos – tempo inicialmente

⁴⁸ SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. 4ª ed. Introduction, notes et commentaires de Tullio de Mauro. Paris: Payot, 1995, capítulos V (*Rapports syntagmatiques et rapports associatifs*) e VI (*Mécanisme de la langue*) p. 170-184.

⁴⁹ No eixo paradigmático estão os signos que poderiam estar presentes no eixo sintagmático, mas que por escolha, desconhecimento ou lapso daquele que produziu o enunciado foram preteridas ou esquecidas (por isso que ele é o eixo vertical, fora do contexto horizontal). Tais signos como que pairam sobre os signos horizontais, podendo ser acionados a qualquer momento (por isso são virtualmente possíveis).

⁵⁰ A ausência de um elemento, assim como sua presença, tem o poder de influenciar os efeitos de um texto, pois no eixo paradigmático está tudo aquilo que poderia estar, mas não está. Uma ausência pode ser intencional, pode ser um descuido, pode estar subentendida, pode ser um pressuposto que não é necessário explicitar. Mas seja qual a forma que se apresente, é (ou pode ser) altamente significativa, tanto de uma forma positiva como negativa.

previsto para a entrega da obra – fará a tradição do imóvel. Se a dação em pagamento do imóvel da família não estiver combinada com uma cláusula contratual que obrigue à construtora, antes de tomar o imóvel antigo como parte do pagamento, a entregar o imóvel novo pronto (isto é, passível de ser habitado), tal família poderá, caso a construção não esteja finalizada no prazo estipulado, ficar sem teto após dois anos (ou obrigar-se a lutar na justiça para não ficar sem ter onde morar até a entrega do novo apartamento). Pode-se perceber, nesse simples exemplo, como ambos eixos são interdependentes: a ausência da cláusula citada afeta ambos os eixos e contamina toda a relação.

Em que pese a importância da contribuição saussuriana, a sua teoria não é imune a críticas. Veja-se o reparo que fez o seu tradutor, Amado Alonso, afirmando que Saussure, ao considerar a língua (*langue*) como “un autónomo sistema de signos, separado de su uso e independente de los individuos que lo usan” acaba por “descartar lo esencial en el lenguaje (el espíritu) como fenómeno específicamente humano”.⁵¹ Considerar a língua como um fenômeno que se fecha em si mesmo, tal como fez o famoso linguista, importa desconsiderar tudo o que lhe seja externo.⁵² Por isso é necessário acrescentar à análise saussuriana o grande desenvolvimento – posterior à obra do linguista belga – da semiologia (ou semiótica)⁵³, haja vista que ela se ocupa também dos aspectos extralinguísticos. Tais aspectos serão vitais para a análise das relações obrigacionais.

⁵¹ “um sistema autónomo de signos, apartado de seu uso e independente dos indivíduos que o utilizam” (...) acaba por “descartar o essencial na língua (o espírito) como fenómeno especificamente humano” (tradução nossa). Críticas colocadas no prólogo da tradução espanhola do *Cours de linguistique générale* (SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística general**. 6ª ed. Traducción, prólogo y notas de Amado Alonso. Buenos Aires: Losada, 1967, p. 11-12). O prólogo de Amado Alonso tornou-se bastante famoso, valendo por si só como uma acurada análise da obra saussuriana, apontando também suas críticas e delas fazendo um balanço. Para uma descrição acessível, e em português, da obra de Saussure e de sua repercussão v. CARVALHO, Castelar de. **Para compreender Saussure: fundamentos e visão crítica**. 5ª ed. rev. e ampl. com exercícios e um estudo sobre as escolas estruturalistas. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1987 e o 2º capítulo de LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 11ª ed. São Paulo: Cultrix, 1989.

⁵² Roman Jakobson também se opunha a essa visão restritiva de Saussure: “[...] a linguagem compartilha muitas propriedades com alguns outros sistemas de signos ou mesmo com todos eles [...]” (JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. 11ª ed. Trad. de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 119).

⁵³ A semiologia (ou semiótica) se ocupa da teoria geral dos signos, podendo ser considerada como uma ampliação da linguística, abrangendo todo e qualquer sistema de comunicação. Semiologia e semiótica são termos intercambiáveis, pois tratam do mesmo fenômeno, sendo que a primeira tem uma origem europeia advinda da obra de Saussure e a segunda tem a sua gênese nos Estados Unidos, com a obra de Charles Sanders Peirce. Para uma análise mais profunda do tema, v. PIGNATARI, Décio. **Informação. Linguagem. Comunicação**. 3ª ed. São Paulo, Perspectiva, 1969 (capítulo 2) e LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 11ª ed. São Paulo: Cultrix, 1989 (1º capítulo).

A linguagem não se esgota na língua, assim como o direito não se esgota na lei. O contrato não é um mundo que se encerra em si mesmo.⁵⁴ Um semiótico diria que num livro, por exemplo, não conta para o leitor apenas o texto. É essencial o contexto que o acompanha: a capa (suas cores, a disposição do título, a presença ou não de imagens, a sua espessura etc.); o tipo de letra (se grande ou pequena, a disposição dos caracteres, a dificuldade ou facilidade de leitura); o tipo de papel (grosso ou fino, branco ou pardo, se é papel jornal, se é plastificado); a editora que o publicou (se ela costuma editar bons títulos, se tem nome no mercado); e outros tantos aspectos que irão influir tanto no ato de decidir lê-lo ou não, quanto no próprio entendimento e interpretação do que nele estiver escrito. Todos estes fatores terão um poder significativo em relação ao objeto livro. O livro, portanto, está inserido dentro de um sistema semiótico que lhe dará uma significação que é, indubitavelmente, afetada por vários elementos que extrapolam o seu conteúdo escrito (o texto da obra).

O mesmo ocorre na relação obrigacional. Ela não se resume ao mero objeto da obrigação. Há que se considerar, além das próprias questões internas da obrigação em si⁵⁵ – que podem ser várias –, o contexto em que ela ocorre. E não apenas o contexto meramente textual.⁵⁶ Ou seja, deve-se levar em conta fatores como o tempo, o lugar, o espaço, os sujeitos que compõem a relação, além de outros, tanto internos quanto externos, que também podem ser significativos a ponto de afetá-la. A visão tradicional não vê os outros elementos que circulam pela relação obrigacional, que com ela coincidem. Esta visão leva em conta apenas o fato de que toda e qualquer relação obrigacional se estrutura no direito subjetivo e no dever jurídico: o locador, por exemplo, tem o direito subjetivo de receber o valor do aluguel e o locatário tem o dever jurídico de pagar o valor do aluguel. Não há dúvida que no cerne da obrigação estão estes dois elementos. Mas há outras coisas nessa relação que podem afetá-la: o locatário ou o locador (um dos dois, dependendo do que diz o

⁵⁴ A antiga visão de que a autonomia dos privados ao pactuar era praticamente ilimitada, valendo contra tudo e contra todos (formando um mundo a parte) não encontra mais amparo nas doutrinas mais recentes e tampouco no nosso ordenamento jurídico. O Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, com sua visão de função social, obediência aos princípios constitucionais e a possibilidade de intervenção estatal para a proteção dos hipossuficientes na relação contratual, são provas vivas desta nova visão, mais aberta, dos contratos.

⁵⁵ “A análise interna visa examinar como opera a estrutura dos deveres inseridos na relação. É como se fosse um cientista com um microscópio vendo o que há dentro da relação.” (MARTINS-COSTA, Judith. Anotações de aula de disciplina sobre o Direito das Obrigações, durante o primeiro semestre de 2008) A análise interna dá-se, portanto, no eixo sintagmático da relação.

⁵⁶ Que sem dúvida também é muitíssimo importante, como já foi visto.

contrato) tem de pagar o condomínio e o IPTU; o inquilino não pode desvirtuar a locação; ambas partes têm o dever de informação etc. Ou seja, a relação não é tão simples: não há apenas um direito subjetivo correlacionado com um dever jurídico. Há direitos e deveres tanto para o locador quanto para o locatário. Há, assim, as chamadas relações comutativas ou sinalagmáticas, advindas da ética aristotélica, que visam ao equilíbrio das partes⁵⁷ (e, por conseguinte, do contrato), além de outros fatores não diretamente ligados à relação que podem afetar o pacto firmado (catástrofes naturais ou interferências de terceiros, por exemplo).

O princípio semiótico de que tudo que gravita em torno do objeto de análise pode ser passível de significação torna-se extremamente operacional e, portanto, útil tanto para a produção como para a interpretação de significados e significantes. Essa percepção transcende o âmbito da linguagem, podendo ser aplicada em qualquer ramo do conhecimento, não apenas, como estávamos vendo até agora, no direito e na ciência da linguagem.

Essa, digamos assim, *consciência semiótica*, para quem a tem aguçada, pode fazer a diferença para quem atua nos mais variados ramos do saber. O poeta russo Vladimir Maiakóvski, por exemplo, tinha essa *consciência* em alto grau. Ela foi determinante na produção de sua obra. Uma demonstração dessa sua visão semiótica ou semiológica é que ele valeu-se muito das técnicas de propaganda (trabalhou por certo tempo confeccionando cartazes de divulgação do regime soviético) na sua poesia, o que fez com que fatores extralinguísticos – como o grafismo e a espacialidade – fossem essenciais em sua criação. Ele tinha clara a noção de que a poesia tem uma dinâmica que vai além da mera palavra rimada. Ela deve estar, segundo o poeta, situada na realidade da vida e dela alimentar-se, como, aliás, deve ocorrer com toda arte.⁵⁸ As regras de versificação devem ser fruto

⁵⁷ Aristóteles, no livro V de sua “Ética a Nicômaco” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. do grego para o português, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3ª Ed. Brasília: UNB, 1999), dizia que cada sinalagma é aquilo que deve corresponder ao outro, isto é, a relação sinalagmática deve ser um equilíbrio entre o dar e o receber, uma interdependência entre as duas posições. É a justiça como harmonia, como correlação, como correspondência. O sinalagma grego conota a ideia de harmonia entre a parte e o todo. Esse conceito é muito útil ainda hoje.

⁵⁸ “A arte deve ligar-se estreitamente com a vida (como função intensiva desta). Fundir-se com ela ou perecer.” Frase tirada da palestra “Abaixo a arte, viva a vida!”, proferida em 16 de janeiro de 1924, traduzida e reproduzida por Boris Schnaiderman (in SCHNAIDERMAN, Bóris. *A poética de Maiakóvski*. São Paulo: Perspectiva, 1971, p. 114). Caso trocássemos, nesta frase, a palavra “arte” pela palavra “direito”, não estaríamos cometendo nenhuma heresia.

da relação da poesia com a vida, e dela devem emanar.⁵⁹ Elas podem ser aplicadas de várias formas, sempre de acordo com o efeito que se procura atingir.⁶⁰ As regras, para o nosso autor, devem estar a serviço dos fins a que se propõe o poema e não o contrário.⁶¹ Vê-se em Maiakóvski como a poesia pode trazer evocações que expandem os eixos saussurianos, não mais em um plano meramente linguístico, mas sim em relação ao referente mediado pela linguagem, que tem, basicamente, um caráter contextual.⁶²

Para demonstrar a afirmação de que a denominada *consciência semiótica* é operacional para qualquer ramo de conhecimento e, por conseguinte, para o direito, poderíamos substituir, no parágrafo anterior (com as devidas adaptações sintáticas e lexicais, evidentemente), o termo ‘poesia’ por ‘direito’ – ou mesmo ‘relação obrigacional’ – e pensar em normas jurídicas ao invés de regras poéticas (ou de

⁵⁹ “[...] a criação de regras não constitui em si a finalidade da poesia, senão o poeta se tornará um escolástico, que se exercitará na formulação de regras para objetos e teses inexistentes ou desnecessários. Por exemplo, não há razão para se inventar regras para a contagem de estrelas sobre uma bicicleta em alta velocidade. É a vida quem apresenta as teses que exigem formulação e o objetivo das regras que são determinados pela classe e pelas exigências de nossa luta.” Trecho do ensaio “Como fazer versos?”, em que o poeta sistematiza a sua concepção do fazer poético. Texto traduzido e reproduzido por Boris Schnaiderman (in SCHNAIDERMAN, Bóris. **A poética de Maiakóvski**. São Paulo: Perspectiva, 1971, p. 170). Aqui o termo “poesia”, tal como na frase da nota anterior, poderia ser substituído por “direito” e “poeta” por “jurista”. Com esses câmbios, teríamos uma lição sobre a criação de regras no direito. Há que se ter claro, diga-se de passagem, que a regra não pode ser confundida com o direito. Este não se resume àquela, como se depreende da lição de Juarez de Freitas: “(...) o Direito não é mais visto, nas teorias de ponta, como simples conjunto enclausurado e claustrofóbico de regras, sem que isso represente – sequer remotamente – uma redução do peso do princípio da legalidade ou fomento à insegurança jurídica.” (In: FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed., refundida e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 160)

⁶⁰ As rimas não necessitam estar apenas no final das linhas, como no verso tradicional. Pode haver rimas internas, como também assonâncias, contrastes sonoros, aliterações, paronomásias etc. Tudo isso a partir de um mínimo essencial de regras, de onde podem ser retiradas infinitas variações. Sobre esse poder que tinha o poeta russo de submeter as regras aos objetivos por ele desejados destaca, com muita propriedade, Haroldo de Campos que “é preciso ter presente que Maiakóvski rompia as leis da poética tradicional e considerava cada poema como um jogo de xadrez, onde, embora haja algumas regras gerais para começar, não pode mais haver repetições de lances, por geniais que sejam, e o movimento inesperado é que desarma o inimigo.” (CAMPOS, Haroldo de. **A operação do texto**. São Paulo: Perspectiva, 1976, p. 50) Aqui poderíamos pensar na adaptação das regras (que normalmente têm um caráter – um pouco mais, um pouco menos – genérico) a fim de aplicá-las ao caso concreto.

⁶¹ Também poderia ser dito que as regras jurídicas devem estar a serviço dos fins a que se propõe o direito. Para uma análise apurada da produção de Maiakóvski v. SCHNAIDERMAN, Bóris. **A poética de Maiakóvski**. São Paulo: Perspectiva, 1971 e CAMPOS, Haroldo de. **A operação do texto**. São Paulo: Perspectiva, 1976 (Capítulo 3: O texto como produção, p. 43-88); para acesso a obra poética do autor em português, numa tradução que mantém as características originais de sua poesia, v. MAIAKÓVSKI, Vladimir. **Poemas**. Trad. de Boris Schnaiderman, Augusto de Campos e Haroldo de Campos. São Paulo: Perspectiva, 1982; para uma seleção panorâmica de sua obra, em inglês, v. MAIAKÓVSKI, Vladimir. **Selected works in three volumes**. Trad. Dorian Rottenberg et. al. Moscou: Raduga Publishers, 1985.

⁶² Roman Jakobson, ao estudar as funções da linguagem (JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. 11ª ed. Trad. de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1982.) classificou-as, no famoso ensaio “Linguística e Poética” (p. 118-162, no livro citado), em seis espécies, cada uma relacionada a um fator envolvido na comunicação (remetente, mensagem, destinatário, contexto, contato e código). Dentre essas espécies, a função referencial está ligada ao contexto.

versificação). Fazendo tal adaptação (com alguns pequenos arranjos terminológicos e de situação para adequá-lo ao contexto jurídico), teríamos uma descrição de como essa *consciência* adapta-se perfeitamente ao mundo obrigacional, uma vez que há vários fatores circundantes que afetam – e até mesmo determinam – os seus sentidos e efeitos. Transpondo as regras poéticas para as normas jurídicas podemos dizer que elas – as normas jurídicas – não podem ser um fim em si mesmo, devendo sim adequar-se ao contexto em que são aplicadas.

Nota-se, nessa breve comparação entre os sujeitos das relações obrigacionais e a linguagem (instrumento que inevitavelmente permeia tais relações), a importância que tem o contexto tanto para aqueles quanto para esta. Tendo em vista esta constatação, é útil, tal como fizemos em relação ao papel da palavra para a determinação do conteúdo e do alcance da obrigação, analisarmos com mais vagar o contexto em que se funda a relação obrigacional.

José Ortega y Gasset, num de seus escritos mais inspirados, afirmava: “*Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo*”⁶³. Esta frase do escritor e filósofo espanhol, basilar no seu pensamento, encaixa-se perfeitamente no que aqui se procura demonstrar. Gasset, ao referir-se às passagens entre montanhas da Serra de Guadarrama e aos campos dos arredores da cidadezinha de Ontígola como um “*sector de realidad circunstante (que) forma la otra mitad de mi persona*”,⁶⁴ quer demonstrar que, sem o mundo real, sem o contexto (a *circunstancia*) em que se encontra, a pessoa não é nada, não consegue realizar-se como indivíduo.⁶⁵ E isto não só de forma abstrata, conceitual ou espiritual, mas também fisicamente: o organismo, para sobreviver, necessita adaptar-se ao seu meio ambiente. Do mesmo modo, uma palavra, sozinha, descontextualizada, é apenas virtualidade, está em estado de dicionário. Ela só se realiza verdadeiramente como significado e significante quando faz parte de um texto (seja oral ou escrito) que, por sua vez, sempre ocorre em um contexto que reflete dentro e fora da língua. Da mesma forma, as obrigações de fazer e não fazer também ocorrem em um contexto que transcende a obrigação em si. A obrigação, como já vimos, não

⁶³ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditaciones del Quijote**. 3ª ed. Madrid: Calpe, 1922, p. 35. “Eu sou eu e minha circunstância, e se não a salvo, não me salvo eu.” (tradução nossa) Esta frase resume a chamada “fase perspectivista” de Gasset, também chamada de a “doutrina do ponto de vista” ou “filosofia da circunstância”.

⁶⁴ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditaciones del Quijote**. 3ª ed. Madrid: Calpe, 1922, p. 35. “setor da realidade circunstante (que) forma a outra metade da minha pessoa” (tradução nossa).

⁶⁵ Os fundamentos da “filosofia da circunstância” de Gasset podem ser encontrados nas páginas 28 a 37 do livro citado.

consiste apenas em fazer ou deixar de fazer um muro, ela implica muitas outras coisas, tais como os deveres ligados à boa-fé: cooperação, informação, diligência etc.⁶⁶ E também está sujeita a sofrer várias influências, não advindas da boa-fé, que poderão alterá-la: mudanças de legislação, motivos de força maior, passagem do tempo, ações de terceiros etc. Isto é, tudo aquilo que, de uma forma ou de outra, possa afetar o seu adimplemento. O filósofo espanhol, por outro caminho, chegou à mesma conclusão do seu contemporâneo Maiakóvsky: não adianta apenas o domínio do conceito, é preciso aplicá-lo à realidade, ou seja, à “vida prática”.⁶⁷ Ele não se sustenta sozinho. Fora da realidade, o conceito é apenas uma abstração. Nada mais.⁶⁸ É como a palavra posta no dicionário, acima referida: suas significações só adquirirão sentido concreto no momento em que o usuário da língua escrever ou falar algo, utilizando-a. Antes disto, é apenas uma virtualidade localizada no eixo paradigmático. Ao fazer uma análise linguística, devemos estar atentos ao contexto em que ocorre o texto escrito ou a enunciação. Ao analisar um fato jurídico qualquer, é essencial analisar as circunstâncias em que ele ocorre, ou seja, atentar para o chamado **caso concreto**.

A conclusão lógica de tudo o que foi dito nesses últimos parágrafos é que a relação obrigacional é uma relação que pode ser – e muitas vezes o é – bastante complexa. É essencial que ela seja analisada também levando em conta essa sua complexidade.⁶⁹ A análise da relação obrigacional, portanto, pode ser realizada de uma forma **simples** ou **complexa**, dependendo do objetivo que se busca. Mas na verdade ambas refletem o mesmo fenômeno, só que visto de ângulos distintos.

⁶⁶ Couto e Silva (in COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 111 a 121) discrimina os deveres secundários da obrigação relacionados à incidência do princípio da boa-fé. Sobre o tema da boa fé na relação obrigacional, v. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: IDCLB, 2004, nº 25 e MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63-85.

⁶⁷ Maiakóvski via o trabalho do poeta, assim como de todo o artista, como a “engenharia necessária à configuração da vida prática”. (in CAMPOS, Haroldo de. **A operação do texto**. São Paulo: Perspectiva, 1976, p. 56.)

⁶⁸ Para melhor compreender a concepção de Gasset, vale citar este belo trecho: “[...] *en comparación con lo inmediato, con nuestra vida espontánea, todo lo que hemos aprendido parece abstracto, genérico, esquemático. No sólo lo parece: lo es. El martillo es la abstracción de cada uno de sus martillazos.*” (ORTEGA Y GASSET, José. **Meditaciones del Quijote**. 3ª ed. Madrid: Calpe, 1922, p. 33. “[...] em comparação com o imediato, com nossa vida espontânea, tudo o que aprendemos parece abstrato, genérico, esquemático. Não apenas parece: é. O martelo é a abstração de cada uma de suas marteladas.” (tradução nossa)

⁶⁹ “*Si el objeto concreto es complejo, el objeto de estudio es también su complejidad*”. Amado Alonso, no prólogo à edição espanhola do *Cours* de Saussure (SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística general**. 6ª ed. Traducción, prólogo y notas de Amado Alonso. Buenos Aires: Losada, 1967, p. 11). “Se o objeto concreto é complexo, o objeto de estudo é também sua complexidade” (tradução nossa).

Simple será aquela análise que prioriza apenas os elementos básicos estruturantes do dever da prestação e da relação de crédito. A sua vantagem é que ela busca o cerne da relação obrigacional, eliminando o acessório. Muitas vezes tal depuração é interessante, ou mesmo essencial, notadamente naqueles casos em que há um emaranhado de obrigações num contrato, ou então numa rede de contratos conexos, em que se torna necessário caracterizar o elemento principal da obrigação para definir o objeto finalístico da relação contratual. Ou seja, ela simplifica uma relação complexa, extraindo a sua essência. Mas há que se ter em conta que a análise simples tem um valor eminentemente classificatório. Mesmo sendo essencial, uma vez que define o objeto da relação, ela não abrange todos os seus aspectos. Ela não prescinde da análise complexa.

Complexa, por sua vez, será a análise que vê a relação obrigacional como um todo.⁷⁰ A ela interessará também os elementos que circundam os elementos principais. Pode-se dizer que a análise complexa não fica apenas no eixo sintagmático da relação obrigacional. Ela levará em conta também as relações paradigmáticas que gravitam no eixo vertical da obrigação e todo o espectro do contexto situacional. Nela entrarão as relações acessórias, que poderão (ou não) estar presentes. É a obrigação e sua circunstância. Interdependentes. Uma definindo a outra (“*Yo soy yo y mi circunstancia*”).

Como já foi visto exaustivamente, há vários elementos que podem afetar a obrigação (deveres secundários⁷¹, fatos ou terceiros intervenientes, passagem do tempo etc.). Qualquer mudança que ocorra em algum aspecto da obrigação, mesmo que secundário, poderá afetar outro(s) aspecto(s), o que implica uma espécie de co-variação⁷² (ou variação simultânea). Por isso existe a necessidade de estudá-la como um todo. A análise complexa tem a vantagem de evitar uma visão redutora da relação obrigacional. Uma análise simples, por apenas considerar os elementos mínimos, pode levar a equívocos graves. Outras vezes será necessária uma análise complexa inclusive para estabelecer quais são esses elementos mínimos, ou seja,

⁷⁰ Couto e Silva, na introdução do seu livro **A obrigação como processo**, esclarece que a concepção de totalidade já estava presente no mundo grego, mas que ela só foi agregada à relação jurídica a partir da obra de Savigny. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 6.

⁷¹ Para uma análise detalhada dos deveres secundários ou anexos (ou, ainda, subsidiários) da relação obrigacional v. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57-98.

⁷² Outro termo emprestado da linguística. Sobre a co-variação, v. LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 11ª ed. São Paulo: Cultrix. 1989, p. 55-56.

para definir o que é realmente importante na obrigação, afastando o desnecessário. Assim, a distância que há entre a análise simples e a complexa deve ser reconhecida, explicitada e, algumas vezes, relativizada. Suas nuances não podem ser ignoradas.⁷³ Prender-se em apenas um aspecto da relação – mesmo que ele seja definidor da obrigação – pode tornar-se bastante insatisfatório. Como também pode ser insatisfatório não ter claro qual é o seu objeto principal. O corolário dessa complexidade é, muitas vezes, a dificuldade de determinar qual a melhor solução para um determinado problema mediado pelas obrigações. Nesse sentido, há que se ter presente que, no direito, não há uma solução pronta e acabada para cada problema. Determinadas questões podem ter várias soluções possíveis, todas igualmente aceitáveis.⁷⁴

Couto e Silva tinha consciência da complexidade da relação obrigacional, tanto que defendia a ideia de que ela não se desenvolvia apenas no plano das obrigações. Segundo este autor, pode haver casos em que relações nascidas no direito das obrigações adentrem no plano das coisas reais.⁷⁵ Além dos fatores que circundam os elementos principais da obrigação, pode haver ainda, portanto, uma imbricação entre os planos da obrigação e dos direitos reais.⁷⁶

Um bom exemplo de imbricação dos direitos reais com os obrigacionais é quando em função única e exclusivamente da titularidade de um direito real o sujeito vê-se constrangido à prestação de obrigações. São as chamadas obrigações *propter rem*.⁷⁷ Nesse caso, não é a autonomia da vontade a gênese da obrigação, como geralmente ocorre nas relações obrigacionais. O proprietário (ou aquele que detém a posse) não assinou nenhum contrato obrigando-se à prestação. Mas, apesar de nada ter firmado, dela não pode fugir. As obrigações, todos sabem, surgem de um

⁷³ Para uma análise detalhada da relação obrigacional complexa e da simples, bem como um levantamento da doutrina a respeito, v. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26-43.

⁷⁴ “[...] no Direito, para cada problema podem ser discernidas inúmeras soluções, nenhuma delas exata, porém todas corretas. O dinamismo e a complexidade da realidade social reclamam a disponibilidade de um arsenal de soluções corretas a serem adotadas pelo aplicador do Direito.” (GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 78).

⁷⁵ Nos direitos reais há uma relação entre a pessoa e o direito universal dos outros. Eles servem para resolver um problema de atribuição de bens: como defendê-los de eventuais ataques e como fazer com que eles exerçam sua função social. É a atribuição de um bem a alguém. Já o direito das obrigações não tem de saber a quem pertence o bem, mas sim como que se viabiliza a prestação (interessa não o livro – coisa física – a ser entregue, mas sim o ato da sua entrega).

⁷⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo.** São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 51-69.

⁷⁷ Para uma descrição do mecanismo das obrigações *propter rem*, v. FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21-25.

negócio jurídico unilateral ou bilateral oriundo da vontade das partes. Mas aqui não há esse negócio, não há a volição. Não há, enfim, nenhum contrato que dê materialidade concreta à obrigação.

A obrigação *propter rem* está vinculada exclusivamente à titularidade do bem. É a partir dela que o sujeito se obriga a uma prestação negativa ou positiva (um não fazer ou um fazer). Exemplo clássico destas obrigações são as taxas que os condôminos pagam para a conservação das áreas de uso comum do condomínio. Não há contrato assinado pelo condômino obrigando-se a pagar. A obrigação vem junto com a titularidade da coisa. Veja-se que a obrigação *propter rem* só é exigível enquanto o sujeito é titular do direito real. No momento que o indivíduo se exonera de tal título, a obrigação irá imediatamente para o novo titular.⁷⁸ A obrigação, portanto, só existe na vigência da titularidade, no tempo em que se constituiu a obrigação para determinado sujeito. Isto é que difere a obrigação *propter rem* dos ônus reais.⁷⁹ A presença da obrigação apenas no tempo em que exerce a titularidade do direito real também explica a desnecessidade de o titular possuir o domínio do bem gerador da obrigação.⁸⁰

Vê-se aqui, portanto, a fusão entre os direitos reais e obrigacionais. Um afetando o outro, as características de um se fazendo presentes no outro. Isso, além de reforçar a tão citada complexidade da relação obrigacional, demonstra que não há como analisar os ramos do direito de forma isolada. O exame deve levar em conta o fenômeno como um todo, não se furtando da possibilidade, deveras real, de no objeto de estudo haver a intersecção de mais de um ramo do direito, ou mesmo de ciências outras que não o direito.

A relação obrigacional, ainda segundo Couto e Silva, pode ser dividida em três fases: nascimento (quando se cria a relação obrigacional, é a sua fase estática), desenvolvimento (fase dinâmica do processo da obrigação) e adimplemento (conclusão da relação).⁸¹ Para o autor, a relação obrigacional já é criada visando a

⁷⁸ “A obrigação nasce com o direito real e com ele se extingue.” (FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 22)

⁷⁹ Nos ônus reais o novo titular fica obrigado inclusive às prestações anteriores, o que não ocorre na obrigação *propter rem*.

⁸⁰ O registro da escritura no cartório é necessário apenas para os ônus reais. Para ocorrer a obrigação *propter rem* basta a posse e o exercício da titularidade. Ou seja, não é necessário ser proprietário para contrair a obrigação.

⁸¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 43-45. Uma abrangente descrição das fases da relação obrigacional também pode ser vista em MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43-50 (sobre as espécies de adimplemento, v. p. 104-108).

sua extinção. A partir do momento em que é satisfeita a necessidade por ela criada, não há porque persistir. A obrigação nasce, portanto, para ser adimplida. No momento em que ocorre o adimplemento, ela termina o seu trajeto em direção à sua finalidade.⁸²

Na segunda fase do processo obrigacional, período em que se dá o seu desenvolvimento visando ao adimplemento, as obrigações podem ser divididas em espécies, de acordo com a atividade ou comportamento que elas apresentam (positivos ou negativos). Cada uma promete um comportamento ou atividade que é o objeto imediato (ou direto) da prestação. Tais atividades se dividem tradicionalmente em três grandes grupos: obrigações de **dar**, obrigações de **fazer** e obrigações de **não fazer**. Esta é a ordem em que elas surgem no Código Civil de 2002. Das duas últimas tratarão os próximos capítulos. A primeira será considerada como uma espécie da segunda.

⁸² “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade.” COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5.

4 OBRIGAÇÕES DE FAZER

A concepção de **fazer** desenvolvida neste capítulo difere da apresentada na primeira parte deste trabalho.⁸³ No início, como já foi dito, o fazer estava ligado a uma noção genérica de proibições e permissões (na maioria das vezes de forma não jurídica) que tendia mais para um dever geral (um dever fazer) do que necessariamente para uma obrigação advinda do vínculo entre sujeitos, que é a característica da relação obrigacional. A noção mais ampla de proibição e permissão permanece, mas o seu uso, efeito e abrangência são bastante distintos daqueles dos dez mandamentos, apenas para citar um exemplo já mencionado.

O fazer, nos dias atuais, está adquirindo uma relevância cada vez maior.⁸⁴ Estamos na era da prestação de serviços. Ela é a marca do capitalismo, da internet e da globalização. O serviço é um grande bem na sociedade contemporânea. É o seu grande valor. Diariamente somos bombardeados pela oferta de novos serviços: aluguel de cachorros para passeio, motel para mascotes, consultor de loteria (para aumentar a possibilidade de ser sorteado), lavador de pratos a domicílio etc. As coisas estão tão especializadas hoje em dia que é quase impossível – para aqueles que vivem nas grandes cidades, principalmente – ser autônomo em todas as situações da vida. A azáfama do dia a dia faz com que as pessoas, cada vez mais, dependam de prestadores de serviço. Esta realidade não se percebe apenas nos pequenos serviços domésticos dos exemplos acima. A informática está presente em praticamente todas as atividades, e continuamente necessita-se daqueles que lhe dão suporte e manutenção. O mundo empresarial, por sua vez, além dos serviços de informática, dificilmente prescindirá da consultoria de especialistas para alavancar os seus negócios. Não há mais como abarcar a complexidade do mercado sem uma ajuda externa que auxilie na análise de suas tendências. Grandes fortunas são ganhas e perdidas em aplicações na bolsa de valores, cujo pregão, aliás, já é feito eletronicamente (dependendo, portanto, de alguém que faça a manutenção do sistema). Com tudo isso, o poder econômico, de uma forma geométrica, está indo

⁸³ O mesmo pode ser dito em relação ao **não fazer**, que será tratado no próximo capítulo.

⁸⁴ Sobre a grande importância do fazer na sociedade atual, v. as duas primeiras seções do Capítulo VII (p. 112 e 113) do livro de Paulo Luiz Netto Lôbo (LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.) e o artigo da profa. Judith Martins-Costa, in MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: IDCLB, n° 25, 2004, p. 229-281.

para as mãos daqueles que prestam alguma coisa. Tal fato naturalmente faz com que a propriedade imobiliária – até alguns anos atrás o maior fator de riqueza⁸⁵ – perca espaço para o grande bem da sociedade contemporânea: a prestação de serviços. Corolário natural disso é que obrigação de dar, umbilicalmente ligada à entrega de bens móveis e imóveis, ceda cada vez mais espaço à obrigação de fazer: cada vez mais onipresente neste século XXI – século esse em que se faz cada vez mais e que, por isso mesmo, cada vez mais se tem menos tempo para fazer.

Savigny destacava que, das obrigações de fazer, “As mais importantes são aquelas que podem ser indicadas como *trabalho*, cuja essência consiste na aplicação das forças físicas e espirituais do homem.”⁸⁶ Pontes de Miranda afirma que todo fazer pode ser fruto de uma prestação “salvo impossibilidade ou ilicitude”.⁸⁷ Clóvis do Couto e Silva reforça que “a obrigação de fazer tem como objeto da prestação a própria atividade”.⁸⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo, por sua vez, declara que “As obrigações de fazer envolvem ação humana, até o limite no qual a pessoa pode física e psiquicamente atingir, ou até onde o direito admita.”⁸⁹ Como pode-se ver nos autores consultados, o *facere* se confunde com a própria atividade. Na verdade, o *facere* é a própria atividade.

Importante salientar que para melhor classificar a obrigação de fazer será necessário compará-la com a noção da obrigação de dar, haja vista a imbricação entre as duas.

Quando se faz a já tradicional divisão dos modos da obrigação em dar, fazer e não fazer, se percebe que tal classificação tem um problema lógico: por que o dar está separado do fazer?

⁸⁵ Na Idade Média era assim: *res mobilis, res vilis* (a coisa móvel é coisa vil). No século XX a riqueza começou a deslocar-se para as coisas vis, as coisas móveis. Agora, no século XXI, parece que a tendência é que as coisas, mais que móveis, sejam virtuais. Se pensarmos na lógica capitalista atual, é melhor ter ações (que já praticamente nem existem mais na sua forma física) de uma empresa sólida do que ter um imóvel, pois este não tem a liquidez que aquelas possuem. Judith Martins-Costa, na sua introdução geral aos comentários do Código Civil, chega a afirmar que “é preciso construir agora, nessa era da globalização capitalista, a ‘dogmática do crédito virtual’.” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11, nota de rodapé 32)

⁸⁶ SAVIGNY, Karl Friedrich von. **Le obbligazioni.** Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, p. 277 e 278. (tradução nossa) “*Le più importanti sono quelle che possono essere indicate come lavoro, la cui essenza consiste nell’applicazione delle forze fisiche e spirituali dell’uomo.*”

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 73.

⁸⁸ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo.** São Paulo: Bushatsky, 1976, p.156.

⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Teoria Geral das Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113.

Savigny chegou a dizer que “São prestações de fazer todas aquelas que não caem dentro do conceito da prestação de dar”,⁹⁰ já demonstrando a dificuldade de se separar claramente as duas espécies de obrigação. Quando se dá alguma coisa, na verdade, está se praticando uma ação. Ora, uma ação é um fazer. Um filósofo ou um linguista – ou qualquer pessoa que pense numa lógica hierárquica – naturalmente iria afirmar que o dar é uma espécie de fazer. E não há como negar a razão a quem pensa assim. Já o operador do direito, se for daqueles que costumam engavetar os conceitos em compartimentos estanques e separados, pode ter dificuldade em admitir essa lógica, pois para ele é muito claro que dar e fazer são formas de obrigação que produzem efeitos distintos e que são, portanto, distintas. É muito comum que haja confusão ao diferenciá-las. E a origem de tal dificuldade é exatamente esse pressuposto de que o dar não deixa de ser um fazer.

Pontes de Miranda – que parece sempre tudo prever – defendia a existência dessa imbricação entre fazer e dar. Ele estabelece, em seu “Tratado de Direito Privado”, apenas duas classes de obrigações: o fazer e o não fazer. Para Pontes, a obrigação de dar está contida na obrigação de fazer, sendo a primeira uma espécie da segunda que, por sua vez, é o gênero⁹¹. Isso não quer dizer que tal distinção seja menor ou que não tenha importância. Todo o contrário. A distinção tem uma relevância essencial quando se trata de classificar as obrigações. E Pontes de Miranda sempre a reconheceu⁹².

Muitas vezes a própria distinção entre o dar e o fazer pode ser essencial no processo. Um bom exemplo disso é o acórdão da ação rescisória 3534/2006⁹³,

⁹⁰ SAVIGNY, Karl Friedrich von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, p. 277 (tradução nossa). “*Sono prestazioni di fare tutte quelle che non cadono sotto il concetto della prestazione di dare.*”

⁹¹ “O devedor de hoje deve o fazer ou o não fazer, ou o dar (que é fazer) [...]” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 8); “As obrigações estabelecem-se, sem se sair das duas classes (fazer, incluído dar, e não fazer)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 74); “(A 1ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro [...] quis insistir em que as obrigações de dar não são obrigações de fazer. São. Apenas, sendo subespécies, as obrigações de dar hão de ser tratadas à parte, por haver regras jurídicas especiais. Rigorosamente, haviam de incluir-se nas obrigações de fazer, embora com trato diferente, no que são distintas das outras.)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 79). Note-se, apenas para reiterar essa classificação em Pontes de Miranda, que no Tomo XXII do ‘Tratado de Direito Privado’, o autor colocou, diferentemente do que se costuma colocar nos códigos, a descrição da obrigação de dar logo após a de fazer, uma vez que considera a primeira como parte da segunda. A obrigação de não fazer, por sua vez, vem apenas depois da obrigação de dar.

⁹² Nesse sentido, veja-se a terceira citação do autor na nota anterior, na página 79 do livro citado.

⁹³ V. anexo.

proposta no STJ.⁹⁴ Na ação, a grande decisão que os ministros foram instados a tomar era se a obrigação contraída era de dar ou de fazer. Esse processo é uma demonstração de como esta distinção não está claramente definida nem entre os operadores do direito.

O fazer, como já foi reiteradamente aqui afirmado, implica uma atividade. Tal atividade tem de ser prestada. O *facere*, portanto, implica uma novidade, ou seja, a ação (ou ações) que compõe a atividade ainda não existe. Ela só se realizará no momento de cumprir a obrigação.

O dar, por sua vez, em princípio não traz nenhuma novidade. Quem se compromete a dar, promete dar algo que já existe no mundo fático: a família do exemplo hipotético que vimos antes prometeu dar como parte do pagamento do imóvel que estava adquirindo a sua habitação atual. Enquanto que no *facere*, a atividade prometida não está presente no momento de contrair a obrigação: é um vir a ser. O dar se caracteriza, portanto, como uma atribuição patrimonial de algo que já existe. Ele tem um aspecto de materialidade que não está presente na obrigação de fazer.

Dito assim, tem-se a impressão de que está tudo claro e de que não há qualquer dúvida em relação à diferença entre os dois conceitos. Mas basta analisar o acórdão acima citado para que as certezas, antes sólidas, se desmanchem no ar. Primeiramente nota-se, ao ler o relatório do acórdão, que a empresa construtora promete a dação em pagamento de 25% da área construída de um prédio em que nem foi ainda iniciada a construção. Corolário lógico de tal fato é que o objeto da prestação de dar (considerando-se que seja, de acordo com os ministros do STJ, uma obrigação de dar) ainda não foi feito. Ele não está, portanto, presente no mundo fático, como seria o esperado. Estamos diante, então, de uma obrigação de dar em que o objeto da prestação ainda nem existe! O objeto da obrigação de dar, nesse caso, é a novidade, o que contraria o conceito apresentado no parágrafo anterior. A construtora deve, sendo assim, antes de efetuar a tradição e passar o domínio para o credor, construir o objeto da dação (no caso, os 25% de área construída). Ora, construir um prédio notadamente é um fazer. Tal construção é, portanto, uma obrigação de fazer. É *conditio sine qua non* construir o prédio para que haja o

⁹⁴ O inteiro teor do acórdão, reproduzido no anexo, também pode ser encontrado no site do STJ em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=714025&sReg=200600774669&sData=20070927&formato=PDF. Acesso em 24/06/2011, 19:10h.

adimplemento da obrigação de dar contraída. Conclui-se daí que, nesse negócio jurídico, há uma obrigação de fazer que antecede a obrigação de dar. Como distinguir a obrigação principal da acessória, nesse caso? Paulo Luiz Netto Lôbo parece indicar uma resposta no sentido de que ambas são principais: “[...] em termos do direito positivo brasileiro, a empreitada, em que existe o *facere* no ato de confeccionar e um *dare* no de entregar a coisa elaborada, sendo ambos os momentos integrantes da prestação.”⁹⁵ Parece que, no caso em questão, não há se falar em hierarquia entre o *dare* e o *facere*, pois ambos são constituintes da obrigação, uma vez que o adimplemento depende de que os dois sejam realizados. A fluidez entre os conceitos se exacerba ainda mais quando os ministros do STJ consideram – de forma bem fundamentada, diga-se de passagem – que a obrigação de retificar o registro de imóveis (uma vez que a construtora não adimpliu o total dos 25% de área construída) configura-se como uma obrigação de fazer e não de dar (como pretendia o autor da ação) e que, portanto, implica perdas e danos.⁹⁶

O acórdão da ação rescisória 3534/2006 do STJ realmente é exemplar no sentido de demonstrar que os conceitos, construídos através de anos de labuta doutrinária, são continuamente postos a prova no caso concreto. Ou seja, o contexto (ou a *circunstancia*, se nos valermos de Ortega y Gasset) acaba ressignificando os conceitos, que devem ser repensados segundo a situação concreta.

O acórdão em tela também exemplifica muito bem a questão da complexidade e/ou simplicidade da análise da obrigação (vista no capítulo anterior). Para chegar-se à simples definição da obrigação contratada, foi necessária uma análise extremamente complexa, na qual houve a intervenção de vários fatores.⁹⁷ Foi necessário, portanto, que os ministros fizessem uma análise da obrigação como um todo para chegar ao seu veredicto.

Após problematizar a diferenciação entre o *dare* e o *facere*, pode-se melhor compreender a conceituação de fazer dada pela prof^a Judith Martins-Costa: “obrigação de fazer é toda aquela prestação/atividade de ordem material ou

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113. Adverte-se que o exemplo a que o autor se refere no seu livro não guarda muita semelhança com o caso em questão, pois se trata de um artesão que manufaturava algo para o cliente, mas a lógica serve para a situação em tela. Na mesma obra (p. 127 a 129) o autor define essas situações em que o objeto material da dação ainda não existe como “obrigação de dar coisa futura”, colocando como exemplo clássico a venda do bezerro da vaca prenhe.

⁹⁶ Note-se que aqui a definição da obrigação refletiu na consequência jurídica do inadimplemento (no caso, perdas e danos).

⁹⁷ Para uma descrição detalhada dos fatores analisados pelos ministros do STJ, o que seria ocioso para o escopo deste texto, v. o inteiro teor dos votos e do acórdão que seguem anexos a esta monografia.

espiritual. Inclusive comportando aquelas atividades necessárias para que alguém dê algo. Esse dar algo caracterizará a obrigação de dar.”⁹⁸

A primeira divisão da obrigação, como já vimos, é em relação à positividade ou negatividade da prestação: *facere / non facere*.⁹⁹ O *non facere* será tratado no próximo capítulo. Por isso, cabe agora analisar o fazer positivo. O *facere*, como atividade positiva, pode ser dividido, como já adiantado na conceituação da prof^a. Judith, em dois grandes grupos: prestações de ordem física (ou material) e prestações de ordem psíquica (ou espiritual). Pontes de Miranda vai ao encontro dessa classificação:

A prestação pode ser (A) *positiva* ou (B) *negativa*. As prestações positivas, que são as de fazer, incluídas as de dar, podem ser (Aa) de atos pessoais ou (Ab) de objetos. Aquelas consistem (Aaa) em atos de ordem física, estrito senso, ou (Aab) em atos de ordem psíquica. (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 73)

A obrigação de fazer tem ainda algumas características que merecem ser levantadas para melhor compreender sua dinâmica. Antes de tudo, é importante salientar que ela deve ser determinada. Não pode ser uma atividade indefinida. Isso significa dizer que o devedor deve saber exatamente o que deverá prestar, do mesmo modo que o credor deve conhecer com exatidão o que irá receber. A obrigação deve estar determinada o mais casuisticamente possível. Essa característica visa claramente a proteger as partes. Se não fosse assim, a relação obrigacional abriria a possibilidade de abuso tanto por parte do credor quanto do devedor. Aquele, no sentido de exigir mais do que seria o razoável; este, no de cumprir a obrigação somente quando quiser, da forma que quiser e se quiser.

O pano de fundo da determinabilidade é garantir a liberdade. Com as regras, busca-se a liberdade da pessoa, por mais contraditório que possa parecer. Para o exercício da liberdade são necessários limites. A civilização pressupõe reconhecer o outro. E para isso são necessárias as regras. Essa é a racionalidade que deve estar por trás da regra e de sua determinação.

⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith, Anotações de aula de disciplina sobre o Direito das Obrigações, durante o primeiro semestre de 2008.

⁹⁹ Savigny (SAVIGNY, Karl Friedrich von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, p. 274 -282), ao tratar do objeto da obrigação, dividiu a sua natureza em positiva ou negativa.

Mas nem sempre foi assim. Na Idade Média, por exemplo, havia o poder vassálico, um poder jurídico total sobre a pessoa (tanto nos seus aspectos físicos quanto espirituais).¹⁰⁰ As obrigações modernas não admitem mais o poder sobre a pessoa. A perda da liberdade agora ocorre por meio da vontade do indivíduo, que se sujeita a uma obrigação de fazer. O pedreiro que se compromete a construir o muro em duas semanas está cedendo parte de sua liberdade durante aquele período não por imposição de ninguém, mas sim por vontade própria. Caso o pedreiro do exemplo não tivesse tempo ou simplesmente não quisesse construir o muro, o proprietário do terreno não teria o poder de obrigá-lo ao que ele não se propôs voluntariamente. Havendo, portanto, a recusa do pedreiro em contratar a construção do muro, deve o proprietário do terreno buscar outro que o faça, pois há vários profissionais igualmente habilitados a fazer o serviço.

O exemplo do parágrafo acima nos remete para outro aspecto importante do *facere*: a sua pessoalidade. A atividade de construir o muro não é privativa do nosso pedreiro: há outros que podem fazê-lo. Outro profissional pode assumir a obrigação negada pelo primeiro. Diferente seria se, ao invés de pedreiro, tivéssemos, por exemplo, um arquiteto com uma técnica e habilidade únicas, como foi o catalão Antoni Gaudí. Nesse caso, a habilidade do futuro contratado seria única: somente ele poderia fazer aquele serviço daquela forma. A obrigação de fazer, uma vez que diz respeito a uma atividade que deve ser prestada pelo devedor, pode ou não implicar uma carga de pessoalidade muito grande. A obra de Gaudí tem um traço de pessoalidade muito grande (suas obras são únicas, assim como são as obras dos grandes artistas) que não existe na construção de um simples muro. A subjetividade, portanto, pode ter um valor essencial ou, ao contrário, ser quase irrelevante. Ela define o grau de singularidade da prestação. Quem irá definir tal carga, mais uma vez, é o caso concreto. Para melhor demonstrar tal fato, serão utilizados três casos fictícios.

Vejamos o primeiro caso: uma empresa contrata um *show* de Roberto Carlos com a intenção de fazer uma apresentação exclusiva para os seus clientes. No dia apazado para o espetáculo, aparece um *cover* do cantor. O empresário do artista tenta alegar, ao ser questionado pela ausência do verdadeiro cantor, que o

¹⁰⁰ Antes ainda, no direito romano, como vimos, o devedor pagava a sua obrigação, caso não tivesse condições de fazê-lo da forma prometida, com a escravidão ou com a própria morte.

repertório de ambos – Roberto Carlos e o *cover* – é idêntico e que, portanto, cumpriu com o prometido.

Segundo caso: um cliente compra uma secadora marca X na loja online Y Eletrodomésticos S. A. Três dias após a compra, chega um caminhão da empresa Z Eletrodomésticos S. A. (e não Y Eletrodomésticos) para entregar a secadora da marca X. O cliente se recusa a receber a máquina alegando que tratou com Y Eletrodomésticos e não com Z Eletrodomésticos. Z Eletrodomésticos, por sua vez, comprova que tem um contrato operacional de entrega de mercadorias na Região Sul com Y Eletrodomésticos.

Terceiro caso: uma senhora marca uma operação plástica na clínica do Dr. Ivo Pitanguy. No dia da operação, a paciente vê que quem a fará não é o Dr. Pitanguy, mas outro médico da equipe do famoso cirurgião. Insatisfeita, a cliente se retira da sala de cirurgia e, no dia seguinte, entra com uma ação pleiteando indenização mais perdas e danos contra a clínica.

O primeiro é um caso típico de inadimplemento. A empresa firmou o contrato com a clara intenção de trazer para cantar o Roberto Carlos original e não o *cover*. Naturalmente, não assiste razão ao empresário obrigado. O fato de o repertório de ambos cantores ser idêntico, por ele alegado, é irrelevante, uma vez que a obrigação reside na apresentação do cantor definido no contrato, e não na semelhança de repertório (como tampouco seria na semelhança física ou de voz).¹⁰¹

Já no segundo caso não há, em princípio, problema algum com a tradição da secadora. A transação foi praticamente impessoal. O interesse do credor era receber a secadora marca X, e isso ocorreu. O fato de a entrega haver sido feita por outra empresa que não a contratada é, no caso concreto, de pouca relevância. Ainda mais porque havia um contrato firmado entre as empresas justificando a entrega tal como foi feita. Não há, portanto, ao que parece, como alegar inadimplemento.

No terceiro caso, a situação é um pouco mais complexa. É sabido que Pitanguy tem uma clínica de cirurgia plástica e que nela há uma equipe de médicos liderada por ele. O proprietário da clínica, naturalmente, não realiza todas as operações. Muito provavelmente, a contratada foi a Clínica Dr. Pitanguy (pessoa jurídica) e não a pessoa física do médico. Os pacientes geralmente buscam, ao fazer

¹⁰¹ Do mesmo modo não faria sentido se alguém supostamente contratasse Gaudí em pessoa para projetar e levar adiante uma obra qualquer e aparecesse para cumprir o contrato algum outro arquiteto dizendo-se “assemelhado” ao mestre catalão.

nela suas cirurgias, um selo de qualidade provindo da confiabilidade do seu dono. O estabelecimento médico, apesar de levar o nome do cirurgião, não se confunde com a pessoa física de Ivo Pitanguy. O único modo de assistir razão à cliente sem sombra de dúvidas, nesse caso, é se no contrato houvesse uma cláusula em que constasse que a intervenção seria realizada pelo próprio Pitanguy.¹⁰²

É lógico que os casos poderiam ser problematizados.¹⁰³ Digamos que, no segundo caso, a secadora apresentasse problemas. Tivesse um defeito grave, por exemplo. Assim sendo, o fato de a entrega não ter sido feita pela empresa na qual efetuou a compra (antes quase indiferente) poderá, talvez, causar problemas para o comprador na hora de buscar a reposição ou o conserto da máquina. Ocorrendo o defeito, o cliente teria, em princípio, a faculdade de acionar qualquer uma das empresas (ou ambas) e até o próprio fabricante, caso o problema não fosse resolvido pelo fornecedor ou se este não pudesse ser identificado. Qualquer uma das empresas ou o fabricante, por sua vez, poderia tentar esquivar-se da responsabilidade.¹⁰⁴ Mas isto seria difícil, se levarmos em conta as regras do Código de Defesa do Consumidor, que prevêem a responsabilidade tanto do fornecedor quanto do fabricante no caso de vício do produto.¹⁰⁵ Vê-se que nesta situação pós-contratual a personalidade já assume um *status* que não tinha no instante da entrega: no momento em que o aparelho apresenta o problema, o comprador/consumidor necessita identificar a quem irá demandar a sua solução. A personalidade, a partir daí, começa a cobrar relevância.

Já no caso da cirurgia plástica, poderia (sempre hipoteticamente) ocorrer de a cliente ter sido induzida ao erro, por dolo ou culpa tanto do dono ou do administrador da clínica, quanto de algum médico ou funcionário desta, sendo levada a crer que

¹⁰² Para uma análise acurada do inadimplemento das obrigações, v. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

¹⁰³ Talvez o do falso Roberto Carlos fosse um pouco mais difícil, devido à grande carga de personalidade do contrato.

¹⁰⁴ Os Procons estão repletos de casos semelhantes a este.

¹⁰⁵ O artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) mostra claramente a responsabilidade solidária dos fornecedores pelos vícios que porventura o produto apresente. Cláudia Lima Marques defende que toda a cadeia produtiva (fabricante, distribuidor, comerciante etc.) devem se responsabilizar pela garantia do produto (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 3ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 450). Uma extensa análise da questão (e de várias outras relacionadas às relações de consumo) pode ser encontrada no livro acima citado, como também em BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima & BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor.** 3ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 e em BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima & MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

seria operada pelo famoso cirurgião. Neste caso, a personalidade também começa a adquirir outro *status*. Aqui vemos mais uma vez evidenciada a importância do contexto na definição do rumo a ser tomado. Qualquer variante (qualquer mexida nos eixos da relação) pode influenciar grandemente o desenrolar do processo. O grau de personalidade colocado no eixo sintagmático da relação (se pensarmos em termos saussurianos) afeta o seu funcionamento. Dito de outra forma: dentro do paradigma vertical da personalidade, há vários graus que podem ser colocados no sintagma, a presença de determinado grau – e não outro – inevitavelmente irá marcá-lo, afetando a relação. No caso da clínica do Dr. Pitanguy, por exemplo, a aferição do grau de personalidade colocado no sintagma da obrigação será essencial para definir a pertinência ou não da indenização por perdas e danos.

Conclui-se, a partir dos casos analisados, que a carga de personalidade deve ser avaliada caso a caso. Ela pode afetar a relação como um todo. A personalidade poderá variar de um grau máximo¹⁰⁶ (como no contrato para o show de Roberto Carlos) até um grau mínimo (semelhante ao caso da compra *online* da secadora).¹⁰⁷ O mais comum parece ser as situações intermediárias, como a da cirurgia plástica e, nesses casos, a determinação do grau de (im)personalidade pode ser complexa, haja vista o amplo espectro de possibilidades que podem surgir.¹⁰⁸

Essa liberalidade em relação à adequação do grau de personalidade com o caso concreto leva a outro problema, de ordem essencialmente doutrinária. Ocorre que

nas obrigações de fazer a regra é que – não tendo sido convencionado diversamente – quem deve prestar é o próprio devedor e não um terceiro. No contrato, no entanto, as partes podem

¹⁰⁶ As obrigações marcadas pela singularidade são as chamadas **personalíssimas** ou *intuitu personae*.

¹⁰⁷ Mas é interessante ressaltar que a personalidade não pode chegar ao grau zero, pois isso inviabilizaria qualquer demanda da parte eventualmente prejudicada. Sempre deve haver uma forma de identificar o fornecedor do bem ou serviço. Nas práticas consumeristas isso é muito importante.

¹⁰⁸ Um bom exemplo de situação complexa ligada à personalidade, diferente destas já analisadas, é a contratação para a administração pública. É, em princípio, ilegal a contratação direta (é necessária uma licitação pública para determinar quem será contratado), a fim de preservar a moralidade e a impessoalidade no trato com a coisa pública. Mas há duas exceções para essa norma: a licitação pode ser dispensada em caso de urgência ou pode haver a sua inexigibilidade quando o objeto do contrato for uma atividade que só determinada pessoa pode fazer ou que exista uma pessoa com “notória especialização” no objeto do certame, o que traria a conveniência para a administração na sua contratação. O alto grau de personalidade (singularidade do serviço e/ou notória especialização) pode ser, junto com a urgência, aspectos que atenuam a exigibilidade do processo licitatório. Para uma visão mais abrangente dos atos administrativos e dos princípios pelos quais eles são regidos, v. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed., refundida e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009 e LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7ª ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

dizer que a prestação pode ser feita por um preposto, mas se não há a convenção, quem está obrigado à prestação é o próprio devedor.¹⁰⁹

O porém para essa regra geral – e que relativiza a sua aplicação no caso concreto – é que a sociedade atual costuma ser massificadora e simplificadora. Há uma enorme gama de serviços que possuem um aspecto automático (tal como colocar uma moeda na máquina e receber uma lata de refrigerante ou um café) em que a personalidade do prestador do serviço ou do vendedor se dilui – na verdade quase se apaga – carecendo de uma importância real.¹¹⁰ É preciso, portanto, levar em conta as circunstâncias da prestação. Indo ao encontro desse postulado, o artigo 113 do Código Civil vigente reza que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

A regra geral em questão, portanto, é uma regra que hoje tem sido bastante flexibilizada, haja vista que, como vimos, muitas vezes a pessoa do prestador ou do vendedor não é determinante para o adimplemento da obrigação. Isso sinaliza para um fato recorrente da história humana: com a evolução da sociedade, algumas regras começam a tornar-se defasadas. Não é rara a ocorrência de certas situações em que elas devem ser atenuadas, contornadas, reinterpretadas, transformadas ou mesmo extintas. Nada impede, portanto, que, com a evolução da conjuntura social, mude a regra. É o dualismo, muito bem colocado por Eros Grau, entre “a imobilidade relativa das normas jurídicas X progressão contínua das realidades sociais”.¹¹¹ Aliás, esta transformação através do tempo é uma característica de praticamente todos os sistemas sociais, não só do Direito. Tomemos o exemplo da linguagem, aqui recorrente. Também há nela esse dualismo entre as regras gramaticais (relativamente imóveis) e a realidade do uso da língua (essencialmente dinâmica). Há muitas regras que ainda estão na gramática apesar de simplesmente não serem mais aplicadas no dia a dia, a não ser em algumas raras situações especiais que exijam um formalismo extremado. Tal fato faz com que elas comecem a perder a razão de ser e que, com o passar do tempo, possam ser alijadas dos compêndios

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Anotações de aula de disciplina sobre o Direito das Obrigações, durante o primeiro semestre de 2008. Note-se que tal regra pode influir no exemplo da aquisição da secadora.

¹¹⁰ Salvo haja defeito ou vício, como vimos no exemplo da secadora.

¹¹¹ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 53.

que regulam a norma culta. A língua muda de acordo com a evolução da sociedade. O que hoje é considerado um “erro” amanhã pode ser a língua culta.¹¹²

Da mesma forma, se pensarmos em termos de direito penal – um sistema claramente marcado pelas normas sancionatórias – perceberíamos a possibilidade de que um ato que hoje é considerado um crime pelo Código, amanhã possa não sê-lo¹¹³ (ou então, na prática, não ser mais considerado como tal, tornando o dispositivo que prevê a sanção para o ato praticamente uma letra morta). A tendência natural, nestes casos, é que com o tempo o crime, se não mais considerado como tal pela sociedade, acabe saindo do Código.¹¹⁴ Da mesma forma, o que hoje não é considerado crime pode vir a sê-lo no futuro.¹¹⁵

Há, portanto, uma dinâmica da sociedade que deve ser acompanhada tanto pela língua quanto pelo direito. Até maio deste ano (2011), as relações homossexuais – ainda que estabilizadas e com formação de patrimônio comum – não eram consideradas como união estável (não havendo a possibilidade da postulação, pelo casal, dos direitos de família e de sucessões que tal situação confere). A recente decisão do STF, reconhecendo a união homossexual como

¹¹² Em termos de linguística – de uma análise científica da linguagem – ocorre o erro quando há uma incorreção formal que dificulta ou impede o entendimento da mensagem. Uma frase como “Os livro didático” não se caracteriza como um erro, tal como geralmente é colocado por quem não domina a ciência da linguagem ou pelos defensores de plantão da gramática normativa, mas sim como uma variante em relação à língua socialmente aceita como padrão (aquela que está presente na fala culta e nos compêndios gramaticais). A inadequação está localizada apenas em relação à norma padrão e não ao sistema da língua. Logicamente a frase, tal como está, não seria considerada correta pela gramática tradicional – se colocada numa redação de concurso, por exemplo, iria ser penalizada com desconto na nota final; se colocada em um texto como este aqui – um trabalho científico –, naturalmente causaria estranheza em quem lê. Mas na fala corrente é normal as pessoas se expressarem dessa forma, muitas vezes nem notando o “esquecimento” dos “s” finais. Veja-se que, no período citado, a marca de plural está colocada no artigo que o inicia. Todo falante do português que ouve (ou mesmo lê) tal enunciado não terá dúvida que o substantivo “livro” e o adjetivo “didático” estão no plural, mesmo sem a sua marca formal (que no caso é o acréscimo da letra “s” aos vocábulos). Isso porque logo no início da frase (no artigo “os”) já foi dada a informação de que o que segue à primeira palavra está no plural. Por isso muitas vezes o ouvinte e o próprio falante acabam não notando a falta de concordância. É uma característica sistêmica da língua portuguesa que a indicação da marca de plural no primeiro elemento indica que o que segue também terá a característica da pluralidade. Isto está na, digamos assim, “gramática interna” daqueles que têm o português como língua materna. Tendo em conta tal fato, característico de nossa língua, colocar a marca do plural nos vocábulos que se seguem ao primeiro, já assim marcado, não deixa de ser uma redundância, pois se está apenas repetindo uma informação já dada ao receptor da mensagem. Diferente seria se a frase estivesse assim: “O livros didático”. Nesse caso sim haveria um erro, uma violação à regra. O receptor de tal mensagem teria dificuldade em entendê-la, não saberia se a frase está ou não no plural. Normalmente, um falante nativo de português não comete erros como este, pois ele – independente do seu grau de instrução formal – tem uma consciência intuitiva das regras que regem o seu idioma, mesmo que não saiba explicitá-las de uma forma científica.

¹¹³ O debate atual sobre a legalização de algumas drogas, como a maconha, e a consequente descriminalização do seu uso e comércio mostram inequivocamente esse fato.

¹¹⁴ Pensemos nos crimes de sedução e de infidelidade, que são paradigmáticos nesta evolução.

¹¹⁵ Muitos dos crimes ambientais de hoje em dia, por exemplo, não eram crimes no início do século passado.

passível de ser considerada união estável, e que muito provavelmente será acatada pelas instâncias inferiores, é um passo que talvez leve a que a lei no futuro seja mudada. O reconhecimento poderá criar, portanto, um “caldo de cultura” favorável para que a lei passe a contemplar explicitamente a união homoafetiva como união estável. Na língua podemos ver também exemplos de construções que foram evoluindo com o tempo e que acabaram sendo aceitas pelos gramáticos como norma culta, ainda que por muito tempo fossem consideradas como manifestações de uma cultura inferior.¹¹⁶

A prova de que a língua evolui no tempo é o simples fato de os povos de origem românica não falarem mais latim, e sim línguas derivadas do chamado latim vulgar,¹¹⁷ que era tachado como a fala das pessoas ignorantes, constituindo, segundo a visão dominante da época, uma degradação do latim culto.¹¹⁸ A prova de que o direito evolui é o fato de não sermos mais escravizados ou mortos quando não cumprimos nossas obrigações de dar e fazer, como acontecia nos primórdios do

¹¹⁶ A ironia deste fato é que a chamada “língua culta” acaba incorporando as construções verbais daqueles considerados “incultos” e “inferiores”. Praticamente todas línguas evoluem desta maneira, incorporando as falas do povo. Há várias construções verbais, sintáticas e de vocabulário que variam com o tempo, apesar do horror que cause a alguns gramáticos tradicionais (algum tempo atrás também seria considerado um horror para muitos o chamado “casamento gay” – como também o divórcio foi considerado em boa parte do século passado –, hoje cada vez mais ele se apresenta como uma possibilidade real em vários ordenamentos jurídicos – veja-se o caso de nossa vizinha Argentina –, apesar de ainda haver uma forte resistência por parte de alguns setores da sociedade). Um exemplo bem simples deste fenômeno é a forma de tratamento, hoje bastante usual, “você”. Há alguns séculos atrás era largamente expressa como “vossa mercê”. Depois foi simplificada para “vosmecê” até predominar o atual “você”. Todas essas formas foram, antes de ser adotadas pela norma culta, amplamente utilizadas pelas classes populares. Quem pode garantir que daqui alguns anos não estará firmada na norma culta a apócope – bastante utilizada na fala informal das pessoas – “cê”? Para um estudo detalhado da evolução da língua portuguesa e da diferença entre o texto oral e o escrito v. ILARI, Rodolfo & BASSO, Renato. **O português da gente: a língua que falamos, a língua que estudamos**. São Paulo: Contexto, 2007; JUBRAN, Clélia Cândida Abreu Spinardi & KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça (orgs.). **Gramática do português culto falado no Brasil**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006; NEVES, Maria Helena de Moura. **Gramática de usos do português**. São Paulo: Editora UNESP, 2000. Sobre a questão norma culta X linguagem popular v. BAGNO, Marcos (org.). **Linguística da norma**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004 e BAGNO, Marcos. **A norma oculta**. 8ª ed. São Paulo: Parábola Editorial, 2009.

¹¹⁷ Que hoje conhecemos como português, espanhol, francês, italiano, romeno, catalão, galego...

¹¹⁸ Antes dos romanos, na sociedade grega já havia esse preconceito cultural: os gregos antigos denominavam *barbaroi*, significando “ininteligíveis e rudes, à semelhança do gorjeio das aves” (daí a palavra “bárbaro”), as línguas dos estrangeiros com os quais entravam em contato (in LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 11ª ed. São Paulo: Cultrix, 1989, p. 27). Para uma análise mais detalhada da evolução da língua, além do livro citado (especialmente nas páginas 26 a 28), v. BAGNO, Marcos. **A língua de Eulália: novela sociolinguística**. 16ª ed. São Paulo: Contexto, 2008 (especialmente p. 40-41) e BAGNO, Marcos. **Dramática da língua portuguesa: tradição gramatical, mídia & exclusão social**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2005. (notadamente o cap. 5, apartado 5.2: “Sociolinguística e história da língua”, p. 303-314). Para uma análise crítica em relação ao preconceito linguístico, v., além dos dois livros anteriormente citados, BAGNO, Marcos. **Preconceito linguístico: o que é, como se faz**. 18ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. A obra de Marcos Bagno debruça-se, com grande frequência, no conflito que há entre a tradição gramatical e o desempenho linguístico real dos falantes da língua.

Império Romano.¹¹⁹ É natural que, com o passar do tempo, as coisas se transformem. Inclusive os conceitos que delas temos, ainda que por vezes pareçam estar tão arraigados na tradição.¹²⁰ Nenhum conceito, como também nenhuma regra, é naturalista, imutável no tempo.¹²¹ Tudo é preenchido historicamente.¹²² Isso, por si só, não é positivo nem negativo, como alguns parecem acreditar. É apenas o sinal de que a humanidade evolui. Se para bem ou para mal, é uma questão deveras subjetiva e filosófica¹²³ que aqui não cabe tratar.

¹¹⁹ Hodiernamente, o credor investe contra a coisa (o patrimônio) e não contra a pessoa do devedor.

¹²⁰ Conceitos podem ser considerados como uma espécie de síntese (súmula) de ideias que se tem sobre as coisas, ou seja, podem ser definidos como a percepção da nossa sensibilidade sobre a coisa (e as sensibilidades mudam com o tempo). Esse é o ponto de partida para entender o processo mental para se chegar ao conceito: ele dá-se, tal como na definição saussuriana de signo, a partir da imagem mental que temos de um objeto, isto é, de uma representação abstrata de uma coisa concreta. Mas se tentamos definir o que é “contrato”, “autonomia privada”, “subsunção”, “relação obrigacional” não podemos dizer que estamos nos referindo a coisas (no sentido material). Os conceitos jurídicos, portanto, são conceitos de segundo grau, pois não são signos de coisas. São signos de significações que temos sobre as coisas, representações etc.

¹²¹ Nos anos 80, um casal de mulheres com um filho adotado não se enquadrava, para o direito, no conceito de “família”.

¹²² Outro exemplo da historicidade dos conceitos: hoje, ficar sem energia elétrica é uma coisa inconcebível. Duzentos anos atrás não havia nenhum problema em relação a isso. Nota-se, portanto, que o conceito de “necessidade” mudou.

¹²³ Talvez a melhor palavra para qualificar a transcendência de tal questionamento seria um neologismo como “sociobiopoliticofilosófico”.

5 OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER

O fato de não poder fazer algo, sem dúvida, tem uma carga restritiva muito grande. Desde a mais tenra idade o homem convive com vários impedimentos que vão, exemplificativamente, desde a proibição, imposta pela mãe, de se aproximar do fogão enquanto ele estivesse aceso até, já na fase adulta, o sinal vermelho no trânsito que o impede de seguir adiante, apesar da enorme pressa. As proibições, expressas nos exemplos acima, independem da vontade do sujeito. A criança não escolheu manter-se afastada do fogão aceso: foi-lhe imposto que assim o fizesse; o executivo não parou o carro com a intenção de atrasar-se ainda mais: há uma norma legal que impede que avance quando o sinal não está verde para si. Há, nos dois casos, um impedimento: um de ordem familiar, outro de ordem legal. Esses impedimentos não entram na esfera do direito das obrigações, apesar da sua grande semelhança. O primeiro está, em princípio, fora do âmbito jurídico¹²⁴, e o segundo está na esfera daquele não fazer em sentido jurídico amplo, ligado a um dever num sentido também amplo: todo motorista (e também todo pedestre, logicamente) deve parar quando o sinal está vermelho para si. Há um Código de Trânsito que diz isso. Resumindo, pode-se afirmar que os pais devem evitar situações potencialmente perigosas para os seus filhos e estes devem obedecer aos primeiros, assim como todo motorista – e todo pedestre – deve obedecer aos sinais de trânsito. Essas prescrições, portanto, valem para todos os pais, para todos os filhos e para todos os motoristas e pedestres. Aí radica a sua diferença em relação à obrigação. A obrigação de não fazer – tal como a de fazer – deve ser determinada, ou seja, devem estar colocadas casuisticamente quais são as obrigações e quem as deve cumprir. Quem se obriga ao *non facere* são aqueles sujeitos predeterminados pela relação obrigacional contraída ou pela situação da sua propriedade, e não um grupo genérico, como nos exemplos citados.¹²⁵

A necessidade de determinação, acima pontuada, leva à dedução lógica de que a obrigação de não fazer não pode ser ilimitada. Qualquer obrigação ilimitada é

¹²⁴ Poderia ser considerado jurídico se a situação descrita originasse um fato passível de análise judicial, podendo-se partir da perspectiva do dever genérico que os pais têm de zelar pela integridade física dos filhos, principalmente na infância e adolescência.

¹²⁵ Nesse sentido ver, no primeiro capítulo, a diferença entre o dever geral dos dez mandamentos e a obrigação específica de Adão e Eva no Paraíso.

fonte de abusos e equivale à escravidão.¹²⁶ A determinação casuística impede tal situação.

A obrigação de não fazer pode implicar uma abstenção: alguém que poderia fazer alguma coisa se obriga a não fazê-lo. Ela também pode ter como conteúdo um **tolerar que, permitir que, suportar que**: consentir tacitamente que alguém faça alguma coisa sem esboçar reação. Todos esses verbos indicam uma atitude passiva. Não é uma renúncia a fazer algo. A renúncia é um ato de vontade: o sujeito só renuncia a algo que pode fazer.¹²⁷ Na obrigação de não fazer se impõe a impossibilidade de fazer. Por isso nela não está presente a vontade do sujeito. Aquele que é obrigado não tem a opção de escolha. Se fizer o que se obrigou a não fazer, estará infringindo o acordo ou contrato a que se sujeitou, tornando-se passível de receber a sanção pelo inadimplemento.¹²⁸ O *non facere* é, portanto, uma atividade essencialmente passiva que restringe a vontade do sujeito.

A primeira parte do parágrafo anterior indica que o *non facere* se divide, basicamente, em duas espécies: **obrigação de tolerância** e **obrigação de abstenção**. Tolerar implica ter paciência. É o não reagir a determinado acontecimento. O exemplo típico da obrigação de tolerar é a servidão. Já o abster-se pressupõe a inércia, a imobilidade. Exemplo típico de abstenção: não construir um prédio tão alto a ponto de obstruir a vista do vizinho.

O não fazer tem alguns deveres anexos. Um deles é o de não sabotar: não fazer nada que possa impedir a tolerância ou a abstenção. Há também deveres anexos que implicam uma ação positiva.¹²⁹ É quando o não fazer implica um fazer. Isso pode ser claramente percebido na servidão: há a obrigação positiva de remover todo e qualquer obstáculo que impeça a passagem.

Há, por conseguinte, na obrigação de não fazer um dever de omissão. Este dever é inadimplido quando há a ação objeto da obrigação. Neste caso, incide a

¹²⁶ Considerando-se aqui como escravo aquele que não tem vontade. A sua obrigação para com o seu senhor é ilimitada.

¹²⁷ A questão da renúncia será mais desenvolvida logo adiante.

¹²⁸ É o caso de Adão no Jardim do Éden.

¹²⁹ “A obrigação de não fazer pode consistir em abrir portão para que o outorgado entre, ou em dar acesso à casa, ou fazenda, ou depósito. Devido a se tratar de domicílio, residência, ou de lugar cercado, murado, ou de edifício, é de mister a *permissão*, mas essa permissão é simples meio. Não fica a lóbulo do devedor. Uma vez que lhe cabem dever e obrigação de dar entrada, ou não se opor à incursão, não pode deixar de praticar o ato positivo necessário ao adimplemento da obrigação negativa. Quem se obriga a tolerar não só se há de abster de quanto possa obstar ou dificultar a prestação negativa como também há de remover com ato positivo, o que obste ou dificulte.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 116-117.

mora ao praticar a ação à qual se obrigara a não praticar. Na obrigação de tolerar, por exemplo, o inadimplemento ocorre quando há uma reação contra aquilo que se prometeu não reagir.

O não fazer também é atingido pelo fenômeno da personalidade, mas de forma diversa do fazer. Geralmente a obrigação de tolerância, abstenção ou omissão tem como alvo uma pessoa ou um grupo de pessoas determinado. Isso naturalmente lhe dá uma carga de personalidade: quem deve permitir a passagem pela servidão é o proprietário do terreno, por exemplo. A personalidade dilui-se quando há o inadimplemento da obrigação: se aquele que descumpriu a obrigação não desfizer o que fez indevidamente quando demandado para tanto, pode o credor desfazer ou mandar desfazer. Assim, o desfazimento não necessita ser executado pessoalmente pelo obrigado. Esta regra está positivada no artigo 251 do Código Civil.¹³⁰

Pontes de Miranda, com sua grande sagacidade, levanta alguns aspectos da dinâmica do não fazer que podem passar despercebidos para os mais desavisados. Primeiramente pontuou – conforme já aqui afirmado – que o não fazer não implica, absolutamente, em renúncia: “[...] (no pacto de não fazer) não há renúncia, porque nada há a que se renuncie; apenas se promete não se fazer, isto é, não se praticar ato positivo.”¹³¹ O simples fato de obrigar-se a não fazer não quer dizer que o obrigado nunca o fará. Tanto isso é verdade que, em certos casos, mesmo que haja a infração da obrigação, ela não resulta em invalidade do negócio:

Se a infração da obrigação de se abster consiste em prática de ato jurídico (negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*), o ato jurídico de modo nenhum sofre, por isso, em sua validade. Se A e B acordam em que B não venderia a casa vizinha à de A, e B a vende, válido é o contrato de compra e venda, posto que tenha B de prestar perdas e danos. (PONTES DE MIRANDA, 1958, P. 114)

Pontes também destacou a peculiaridade do prazo prescricional na obrigação de não fazer: “[...] o prazo de prescrição só se inicia com o nascimento da ação. A

¹³⁰ “Art.251. Praticado pelo devedor o ato a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.”

No caso do inadimplemento citado no artigo, a sua consequência poderia ser a destruição do muro na obrigação de não obstaculizar determinada passagem ou terreno.

¹³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 115.

pretensão à omissão não se faz enquanto ainda se há de omitir; mas, enquanto se omite, não pode correr o prazo prescricional, pois que se está a prestar.”¹³² Aqui pode-se perceber claramente a distinção da contagem do prazo de prescrição para o fazer e o não fazer: para o primeiro, começa a correr desde o momento em que se pode exigir a prestação; para o segundo, ele começa a contar a partir do instante em que é realizado o ato proibido. O prazo começa a ser contado, na obrigação de fazer, no dia em que o sujeito deveria fazer (ou terminar de fazer) e não fez (ou não terminou de fazer). Já na obrigação de não fazer, a contagem inicia quando se faz o que não deveria ter feito. Sendo assim, o inadimplemento se dá de forma distinta nas duas obrigações: para uma o inadimplemento é o não fazer; e para a outra é o fazer.¹³³

Savigny dava à categoria negativa das prestações uma importância menor, se comparada com a sua co-irmã positiva, esta muito mais frequente. Considerava as obrigações de não fazer “quase secundárias e raras”.¹³⁴ Não há dúvida de que a obrigação de fazer é mais recorrente no universo das obrigações, mas isso não enseja motivo, tendo em vista a realidade atual, para considerar o *non facere* menos importante. Primeiro, porque geralmente costuma haver uma imbricação entre as obrigações: uma obrigação positiva pode implicar obrigações negativas secundárias que gravitam em torno da principal e vice-versa. Segundo – e mais importante – porque maior frequência não é, necessariamente, sinônimo de maior importância: não há como dizer, por exemplo, que uma obrigação de não desmatar florestas nativas, imposta a alguns fazendeiros da região amazônica, não seja vital para o meio ambiente e, por conseguinte, para a sociedade.¹³⁵ Claro está que não se pode julgar Savigny por um posicionamento expresso ainda no século XIX, época em que as obrigações de fazer e não fazer ainda não tinham a importância que têm hoje, nessa sociedade voltada para a prestação de serviços, tal como destacado no capítulo anterior. Também há que se ressaltar que dois séculos atrás, no auge do

¹³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 120.

¹³³ Para um aprofundamento sobre o inadimplemento das obrigações é praticamente obrigatório o livro da prof.^a Judith Martins-Costa em que são feitos os comentários aos artigos do Código Civil a ele relacionados: MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹³⁴ “*casi secundari e rari*”, na tradução italiana (SAVIGNY, Karl Friedrich von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, p. 275).

¹³⁵ É para o próprio planeta, se pensarmos na importância da floresta amazônica para o equilíbrio ambiental da Terra.

liberalismo clássico e da revolução industrial, praticamente não se cogitava da necessidade de proteção ao ambiente natural. Tal constatação não deixa de ser um reforço à afirmação de que os conceitos e normas são mutáveis com o passar do tempo e de que há de situá-los dentro do seu contexto.

O *non facere*, como pôde ser visto, funciona como uma contraface do *facere*. Face e contraface, no fundo, da mesma espécie. Num sentido bastante amplo, o *non facere* pode ser considerado como uma das faces do *facere* (dividido em *facere* positivo e *facere* negativo). Ele é, portanto, a face negativa do fazer (o não fazer) em oposição à face positiva (o fazer).

A obrigação de não fazer, no eixo paradigmático – aquele das virtualidades – é uma ausência, podendo ser considerada como uma não possibilidade dentro das regras do sistema. A ocorrência, no eixo sintagmático, daquilo que o sistema não prevê (isto é, o fazer, quando, na verdade, o esperado era um não fazer) implica uma violação da regra do sistema. Na linguagem, traria como consequência a ininteligibilidade do enunciado; no direito das obrigações, implica inadimplemento. Em ambos os casos – linguagem e direito das obrigações – não se cumpre, como diria Couto e Silva, com a finalidade para a qual foram criados: na primeira, uma comunicação que seja compreensível (que transmita o sentido ao qual o enunciador se propôs); no segundo, o adimplemento da obrigação (que é, conforme o nosso autor, a sua razão de ser).

CONCLUSÃO

Que o tempo
cuspa balas
para trás,
e o vento
no passado
só desfaça
um maço de cabelos.
Para o júbilo
o planeta
está imaturo.
É preciso
arrancar alegria
ao futuro.
Nesta vida
morrer não é difícil.
O difícil
é a vida e seu ofício.

Vladimir Maiakóvski
(1893-1930)
(Trad.: Haroldo de Campos)

Maiakóvski, neste poema dedicado a Sierguei lessiênin, famoso poeta russo que se enforcou num quarto de hotel, mostra um otimismo por vezes contagiante (certamente embalado pela Revolução Russa, em que tanto acreditou e que depois se mostrou fracassada - pelo menos em relação aos seus princípios originários). Pode até parecer estranho, para quem posteriormente se suicidou com um tiro no peito, escrever um poema tão carregado de esperança no futuro. Ainda mais dedicado a um suicida, como foi lessiênin. A vitalidade que transparece na obra do poeta vem de sua enorme capacidade de explorar as virtualidades que a língua oferece e de adequá-las ao seu referente, isto é, ao contexto e ao objetivo que busca – objetivo este que não se encerra na linguagem, utilizada apenas como um meio para se chegar ao fim almejado. Este fim diz respeito, além da crença em um futuro grandioso, à valorização da vida, apesar de, aparentemente, tratar da sua negação.

Voltando mais ao chão e deixando para trás o vento que desfaz os cabelos, pode o leitor deste texto eventualmente perguntar-se: o que, afinal, a poesia de Maiakóvski tem a ver com o direito das obrigações, o que a aproxima das prosaicas implicações do *facere* e *non facere*? Ora, o Direito trata, como toda ciência humana,

da “vida e seu ofício”. Uma vez que “morrer não é difícil”, faz-se necessário lutar pela “vida e seu ofício”. É certo que “viver é muito perigoso”, como repetia o jagunço Riobaldo na sempre citada fala do personagem de Guimarães Rosa em “Grande Sertão: Veredas”. Ela (a vida) é complexa e muitas vezes nos prega peças. É perigosa, portanto. Mas escolher o caminho mais fácil – veja-se que “morrer não é difícil” – não costuma ser a melhor opção. E isto vale para as obrigações: tentar compreender a relação obrigacional levando em conta toda a variedade de aspectos que o caso concreto pode apresentar não é o mais fácil, mas na maioria das vezes é o mais adequado. Em alguns exemplos de situações obrigacionais aqui retratadas, pôde-se perceber que as coisas nem sempre funcionam como no papel. As obrigações de dar, fazer e não fazer, tão bonitinhas e tão bem separadas no nosso código, teimam em fugir do nosso alcance, se imbricam umas nas outras. Elas não são, exatamente por retratarem um aspecto corrente da “vida” e do “ofício” dos sujeitos envolvidos na relação, fáceis de serem apreendidas em todas as suas nuances. Podem ser extremamente complexas (Maiakóvski também dizia que a produção poética é “dificílima, complexíssima”). Os eixos paradigmáticos do fazer e do não fazer por vezes oscilam numa ascensão e num descenso vertical que nos deixa perdidos. As circunstâncias de cada caso podem variar de uma forma quase infinita.

Paradoxalmente, essa incerteza pode ser apaixonante. Assim como é “a vida e seu ofício”. Esse imprevisto da vida, que encontramos nos grandes poetas, também pode ser percebido – por que não? – nas obrigações. Por trás dos códigos e da doutrina está uma vida pulsante. Não basta estudar a legislação e reproduzir os preceitos doutrinários. Pensar juridicamente não é apenas relacionar os conceitos dentro do campo doutrinário em que se está estudando ou que se crê. É relacioná-los com a realidade concreta da vida. Quedar-se no campo meramente teórico dos conceitos, sem ultrapassá-lo, é como fazer o caminho até o portal de entrada e não adentrar. É ficar na soleira observando – e não vivendo – o que ocorre além do portal. Maiakóvski, ao dar suas receitas de como fazer versos, afirmou que se valer apenas das regras e cânones da poesia sem atá-los à vida prática, sem exercê-los em prol de um objetivo concreto, é um mero exercício de escolástica, uma retórica vazia. Relacionar os conceitos da obrigação de dar, fazer e não fazer descolados do contexto (da *circunstancia* orteguiana) em que eles se fazem realidade equivale a ficar na soleira do portal, na ante-sala do universo obrigacional. Sem o contexto,

conceitos jurídicos como “obrigação”, “*facere*”, “*non facere*” são nada mais que palavras encantadas. Estão num mundo mágico que não corresponde à realidade. A partir do momento em que o conceito cabe em determinado fato jurídico é que é possível saber da sua eficácia. A partir daí que ele se justifica. Pode-se perceber, portanto, que o que interessa ao direito vem depois do conceito, ou seja, depois da ante-sala, quando ele enfim se defronta com a realidade.

A conclusão óbvia de tudo o que foi afirmado até agora é que nas obrigações – assim como em todos os ramos do Direito – é necessário, sempre, estar atento às várias nuances que cada caso pode ter. O velho chavão, que todos já devem ter ouvido algum dia, que afirma que “cada caso é um caso” deve ser levado ao pé da letra por quem trabalha com o Direito. Tal provérbio, visto em sua radicalidade, pode parecer assustador. É uma fonte eterna de incertezas, pois sempre pode haver algo que fuja daquilo que é o esperado. É um eterno recomeçar. Cada obrigação, mesmo sendo daquela mesma espécie já analisada milhares de vezes, sempre poderá trazer uma nova combinação dos mesmos aspectos dessa relação que também já foram vistos milhares de vezes. É como os números que saem no sorteio da loteria: são sempre os mesmos que estão na urna esperando para ser tirados, mas há um sem número de combinações em que eles podem se apresentar. Essa constatação, ao mesmo tempo em que é assustadora – pois pode dar a já mencionada insegurança e também um medo terrível de fazer uma interpretação totalmente equivocada –, mostra como podem ser instigantes a análise e a aplicação do Direito.

Essa grande amplitude de circunstâncias que pode ocorrer no direito obrigacional, e que foi destacada no parágrafo anterior, além de reafirmar sua já tão citada complexidade, nos leva a uma conclusão que, muitas vezes, parece não estar ainda totalmente clara para muitos juristas: o direito não é uma ciência exata. Raramente se extrai do direito um axioma irrefutável. O que se pode obter, como muito bem destacou Eros Grau em livro aqui já referido, é um elenco de respostas corretas. Nenhuma exata, como exigiria a matemática, mas todas passíveis de serem aplicadas satisfatoriamente aos casos concretos. Mas – é imperioso afirmar – essa falta de exatidão também não pode ser confundida com falta de critério ou incerteza absoluta. O direito não é uma casa-da-mãe-joana, em que vale tudo, onde não há ordem. Todo o contrário: ele tem seus princípios, seus critérios. Não é qualquer interpretação ou solução que pode ser aplicada. Tanto é assim que toda decisão jurídica deve ser fundamentada. Ela necessita, obrigatoriamente, estar

amparada no ordenamento jurídico e na realidade social. Ela deve levar em conta os princípios do direito e os direitos fundamentais. Não pode ser espaço de arbítrio e de veleidades.

O fato de o direito não ser uma ciência exata reforça o postulado de que ele deve sempre dialogar com outros ramos do saber, exatamente para ajudar a iluminar pontos que porventura estejam obscuros. Esse vínculo, essa relação, deve permear o mundo jurídico. Por isso pode-se dizer que o direito é, indubitavelmente, relacional no sentido da sua necessidade de diálogo com outras áreas. Neste trabalho nos valem do direito obrigacional (mais especificamente as obrigações de fazer e não fazer) para demonstrar essa necessidade. Mas não há dúvida que outro ramo do direito poderia ter sido utilizado para demonstrar esse diálogo interdisciplinar.

E, enfim, se acreditamos que “a arte deve ligar-se estreitamente à vida”, como afirmou Maiakóvski, e que, por sua vez, “toda vida é essencialmente relação”, como já nos ensinou Fernando Pessoa no limiar do terceiro capítulo, parece não ser tão difícil defender uma tese em que a relação obrigacional também tem seu papel nesse jogo. Ou alguém duvida que o Direito funde-se com a vida e dela não pode prescindir?

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. do grego para o português, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3ª ed. Brasília: UNB, 1999.

BAGNO, Marcos. **Preconceito linguístico: o que é, como se faz**. 18ª ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Dramática da língua portuguesa: tradição gramatical, mídia & exclusão social**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2005.

_____. **A língua de Eulália: novela sociolinguística**. 16ª ed. São Paulo: Contexto, 2008.

_____. **A norma oculta**. 8ª ed. São Paulo: Parábola Editorial, 2009.

BAGNO, Marcos (org.) **Linguística da norma**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima & BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor**. 3ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima & MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAMPOS, Haroldo de. **A operação do texto**. São Paulo: Perspectiva, 1976.

CARVALHO, Castelar de. **Para compreender Saussure: fundamentos e visão crítica**. 5ª ed. rev. e ampl. com exercícios e um estudo sobre as escolas estruturalistas. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1987.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DOMINGO, Rafael (Org.) **Textos de derecho romano**. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2002.

ECO, Humberto. **O nome da rosa**. Trad. Aurora Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Trad. Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 1972.

FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed., refundida e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1979.

ILARI, Rodolfo & BASSO, Renato. **O português da gente: a língua que falamos, a língua que estudamos**. São Paulo: Contexto, 2007.

JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. 11ª ed. Trad. de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1982.

JUBRAN, Clélia Cândida Abreu Spinardi & KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça (orgs.). **Gramática do português culto falado no Brasil**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7ª ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v.42.

_____. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 11ª ed. São Paulo: Cultrix, 1989.

MAIAKÓVSKI, Vladimir. **Poemas**. Trad. de Bóris Schnaiderman, Augusto de Campos e Haroldo de Campos. São Paulo: Perspectiva, 1982.

_____. **Selected works in three volumes**. Trad. Dorian Rottenberg et al. Moscou: Raduga Publishers, 1985.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: IDCLB, 2004, nº 25.

_____. **Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Volume V, tomo II**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado Tomo XXII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

NEVES, Maria Helena de Moura. **Gramática de usos do português**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

ORTEGA Y GASSET, José. **Meditaciones del Quijote**. 3ª ed. Madrid: Calpe, 1922.

PESSOA, Fernando. **O rosto e as máscaras**. 2ª ed. Lisboa: Ática, 1978.

PIGNATARI, Décio. **Informação. Linguagem. Comunicação**. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1969.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria tridimensional do direito; teoria da justiça; fontes e modelos do direito**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: **O contrato Social**. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: exame da função social do contrato. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 10.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. 4ª ed. Introduction, notes et commentaires de Tulio de Mauro. Paris: Payot, 1995.

_____. **Curso de lingüística general**. 6ª ed. Traducción, prólogo y notas de Amado Alonso. Buenos Aires: Losada, 1967.

_____. **Curso de linguística geral**. 13ª ed. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1987.

SAVIGNY, Karl Friedrich von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912.

SCHNAIDERMAN, Bóris. **A poética de Maiakóvski**. São Paulo: Perspectiva, 1971.

ANEXO

AR 3534 / RS – STJ